الجلد الثاني من الهداية

شرح بداية

مكتبة جامعة الملك سعود "قسم المخطوطات"
الرقم: ٤٨٥٥ ف ١١٩٦٦
العنوان: مجموع اوله: الهداية شرح البداية
المؤلف: علي بن ابي بكر المرغيناني ت ٥٩٣هـ
تاريخ النسخ: [illegible]
اسم الناسخ: ابراهيم بن محمد المغني وآخر
عدد الأوراق: ١٥٢ق ٢٨×٢٠سم
ملاحظات:

٢١٠٨
٢
~~٢١٧٤~~
م

الهداية شرح البداية ، تأليف المرغيناني
علي بن أبي بكر - ٥٩٣ هـ . بخط
ابراهيم بن محمد الحنفي ٧٤٥ هـ .

٤٨٥٥ / ١ م
ج٢ (٢٥٥ق) ٢٣س ١٨×٢٥ سم
نسخة جيدة ، ضمن مجموع (ق ١ - ٢٥٠أ)
خطها نسخ نفيس تتخللها أوراق بيضاء ، طبع
الأعلام ٥ : ٧٣ كشف الظنون ٢ : ٢٠٣١
١ - المذهب الحنفي ، فقه المذاهب
الاسلاميه أ - المؤلف ب - تاريخ النسخ
جـ - شرح البداية .

٢١٠٨
٢٠٨٢م
ع

(رسالة في المشروعات وغير المشروعات
وبيان معانيها وأحكامها) ، تأليف
الكيداني ، لطف الله النسفي - حوالى
٩٠٠ هـ . كتبت في القرن العاشر الهجري
تقديرا .

٤٨٥٥ / ٢ م
٣ صفحات ٢٤ س ١٨×٢٥ سم
نسخة جيدة ، ضمن مجموع (ق ٢٤٩أ -
٢٥١) ، ناقصة الآخر ، خطها نسخ معتاد .
دار الكتب المصرية ١ : ٤٣٣ معجم
المؤلفين ٨ : ١٥٦
١ - العبادات ، الفقه الاسلامي وأصوله
أ - المؤلف ب - تاريخ النسخ

اعلم ان ابا يوسف ومحمدا وزفر رحمهم الله كانوا تلاميذ ابي حنيفة وكان
تلميذ حماد وحماد رحمه الله تلميذ ابراهيم النخعي وابراهيم النخعي رحمه الله كان تلميذ علقمة وعبد الله
بن مسعود رضي الله عنهما كان تلميذ النبي صلى الله عليه وسلم والنبي عليه السلام من جبرئيل عم
وجبرئيل عم اخذ من الرب جل جلاله فقيل ان الفقه زرعه ابن مسعود وسقيه وانبته
حماد وحصده ابراهيم النخعي وطحنه ابو حنيفة وعجنه وخبزه ابو يوسف فردوا كل الناس جميعا
وقيل في فقه الامام الحنفي لمثله المسائل المستنبطة من الادلة خمسمائة الف
وسبعون الف كذا في الغاية قال الخطيب لعمه المكي انه قد ان ابا حنيفة
ذكر في الفقه ثلثة وثمانين الفا اصلا ثمانية وثلثين الفا اصلا في العبادات وستة واربعين الفا
في المعاملات ذكره القارئ في شرح الهداية من بدر الشريعة في ديباجة

ديباجه

اعلم ان ابا يوسف

لعبد

اللهم يا سريع

اللهم يا سريع سريع

يا سريع الطلب

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر واعن بفضلك

كتاب الصرف

قال رحمه الله الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي
بذلك للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة
كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال ومن باع فضة بفضة او ذهبا
بذهب لم يجز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وقال عليه السلام جيدها
ورديها سوا وقد ذكرناه قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول
عمر رضي الله عنه وان استنظرك الى ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما
ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا
ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سوا كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان
كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ولانه وان كان يتعين
ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فوجب قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه
الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي
لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه
وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة فانه يبطل
بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز متفاضلا لانتفا المجانسة ووجب
التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وان افترقا
في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض
ولهذا لا يصح خيار الشرط فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني
يفوت القبض المستحق الا اذا اسقطا الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه
قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا

ولانه لا يطلب منه الا زيادة لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة

بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد
لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان
يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف
العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له من
ولا شي سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع
قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه
ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن
يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته
الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد
ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر
منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسية والف نقدا
فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة
على وجه الجواز هو الظاهر من حالهما وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم
يبين ذلك لما بينا وكذا ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما
وقال عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد
احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية
لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن التسليم الا بضرر
ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز
البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية
وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه كما وضع في الكتاب فان كانت مثله او اقل منه

اي الثمن

ولكن ان الواو لا يخرج الا من البحر الملح العذب

اولا يدري لا يجوز البيع للربوا ولاحتماله فتوجه الفساد من وجهين فترجح
قال ومن باع اناء فضة [illegible] ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه
وبطل فيما لم يوجد والفساد طاري لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو
استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شا اخذ الباقي بحصته وان شا رد لان
الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا
خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز البيع وعلى
هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف
الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على
الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب
وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسماية
لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه والخمسماية الى الاخر وكذا
اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه
بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض
فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة
تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل
عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى
نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف
الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة
على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين

والمعين

ضده وفي المسئلة الاخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة البقا
وكلامنا في الابتدا قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز
البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان فلا يعتبر
التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شي اخر تبلغ
قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم
تكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن
كان له على رجل عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع
الدينار اليه وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة
فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن فسخ الاول والاضافة
الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه وفي الاضافة الى الدين تقع
المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم
بالف وخمسماية وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا
فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين
قايم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه
تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهي دراهم وان كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب و
يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود
لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي
منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا

في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجه
الذي ذكرناه في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى
خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض
في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر
لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رحمه الله ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك
في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيها ينفتح باب
الربوا ثم ان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج
بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج يكون
اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم
بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى
بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها
اخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب
الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف
تعتبر عند البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال
الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح
وما بقي فيبقى بيعا فاذا بطل بطل الثمنية فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل فاذا بطل البيع
يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز
البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة يجوز البيع وان لم تعين لانها اثمان
بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت فعند ابي حنيفة رح

والمبايع والاستقراض فيهما بالعد

بلا ثمن فبطل صح

٥

عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص
به وعندهما يجب رد قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض
فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف
يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف
فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر قال ومن
اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس
وكذا اذا قال بدانق فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه
اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن
نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها من الفلوس معلوم
عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين
فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو
المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون
الدرهم لان العادة في المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة
ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح ولا سيما في ديارنا قال
ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز
البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع
النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل
في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ
الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا
ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم
الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بالفلوس قال رحمه الله وفي
اكثر النسخ ذكر المسئلة الثانية ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا
وزنه نصف درهم الا حبة جاز لانه قابل النصف بفلوس معلومة والنصف بمثله الا انه في حق

الدراهم صرف فيشترط القبض فيه وفي حق الفلوس بيع فيشترط قبض احدهما كيلا يكون
كاليا بكالي وهذا هو الكلام في بيع الفلوس بالفلوس والفلوس بالدراهم انه بيع يشترط ان
يقبض احد العوضين لانها ليست باثمان مطلقة لثبوت ثمنيتها بالاصطلاح بخلاف
الدراهم والدنانير والله اعلم

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة
وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة
بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة
بالنفس لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال
لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة
بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبين الطالب
او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو
الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او
بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما
حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان
النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها بخلاف
ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة
الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو على
لانها للالتزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته
ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة
وقد روينا الحديث فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا
ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول
به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزم فان احضره
والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله لا يدري

لما ذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم
يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر
المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزم
وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا تكفل به على ان يسلمه
في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ
لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في
برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا لو سلمه في السواد
لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند
ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده
فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة
فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه
سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه
لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل
بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فللورثة لقيامهم مقام
الميت ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ
لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم
كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية
الدفع وكذا لو سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه فان تكفل بنفسه على انه
ان لم يواف به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في ذلك الوقت لزمه ضمان
المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد
الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي
الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه

عن كفالته

التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط
متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل
وقال ان لم يواف به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط
وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه
علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا تصح الكفالة على هذا
الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم
يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانها بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان
المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح
على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى
فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص
لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق
بخلاف ساير الحقوق فانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير
ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس
فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس هنا للتهمة والتهمة تثبت باحد شطري
الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة
فيه ولا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود
والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان
في الخراج لانه دين يطالب به وهو ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما

قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان
لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد
التوثق فلا يتنافيان قال واما الكفالة بالمال فجايزة معلوما كان المال او مجهولا
اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك
في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك
اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسياتيك
في موضعه ان شاء الله قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل
وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام
الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ ينعقد حوالة اعتبارا للمعنى
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب
الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين
لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الاخر اما المطالبة بالكفالة
لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول
ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك ثم الاصل
انه يصح تعليقها بشرط ملايم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله
اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه
او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما
ذكرناه فاما التعليق بمجرد الشرط لا يصح كقوله اذا هبت الريح او جاء المطر
وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة
لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق قال فان قال
تكفلت بما لك عليه فقامت البينة لزم عليه القاضي بها الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت

بالمعاينة فحقق ما عليه فصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع
يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم
يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه
التزام المطالبة وهو تصرف في خالص حقه نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على
المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان تكفل بامره رجع بما
ادى عليه لانه قضى دينه بامره فان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداه وقوله
رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا
ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى
لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف
على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول
عنه قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل
الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول
عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله
بمثله وكذا على هذا الحوالة اذا لم يكن المحتال عليه دين للمحيل فاذا ابرأ الطالب المكفول
عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه
في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين
على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب الدين عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله
ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر
بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل على الاصيل
لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه
فقد ثبت حق للطالب فلم يدخل الاجل فيه فان صالح الكفيل رب المال من الالف

على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف
الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا
عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل بخمسمائة اذا كانت الكفالة بامره بخلاف
ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو صالحه
على ما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال فاذا
قال الطالب للكفيل برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول
عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى
الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع فان قال ابرأتك لم يرجع على المكفول عنه لانها
براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال
محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه او الابراء فيثبت الادنى
فلا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها
من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب
حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة
بشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن
الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح
الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه
عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه
دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره
وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي
لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء
والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار
والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن

لا ابتداء ولا انتهاء هنا في قوله برئت الي

قوله معناه اي تكفل بالحد بنفسه لا يصح ولو بمن عليه الحد

بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا
ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز
عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل
هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا
قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ
الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد
به الملتزم وهذا هو وجه هذه الرواية ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي
في النكاح ولهما ان فيها معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في
الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال
او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما اذا حضر
بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف
المشايخ رحمهم الله فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه
رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب
لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع به
انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان
الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل
وقد عجز بنفسه وبخلفه فتحقق الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد
قيام الدين فاذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن
كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع

فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي الاحتمال
كمن عجل زكوة ماله ودفعها الى الساعي لانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما
اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو
له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه
المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب
للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا
لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذلك اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث
نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة
فباعه وربح فيه فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه
الكر ولا يجب ذلك في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده على الذي قضاه وهذه رواية عن ابي حنيفة
وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن
الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على تقدير
قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله
التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا
جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا
ففعل فالشرى للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعنى الامر بالعينة ان
يلتمس من تاجر عشرة فيتأبى عليه طلبا للربح ويبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر رغبة في
نيل المراد ثم يبيعه في السوق بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة القرض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل
هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو
توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف
ما كان فالمشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه هو العاقد قال

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي
البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به
وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في اللفظة الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء
او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن
ذلك فلا يصح فان اقام البينة على ان له على فلان كذا وان هذا كفل عنه بامره فانه يقضى به
على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما
تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران
لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه
احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال
فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في
زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال
زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا
شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وضمن له رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت
مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن
مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة
فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على
دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد
من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا
اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وكتب شهد بذلك فهو تسليم
الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين **فصل في الضمان** وان باع ثوبا لرجل
وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة
التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة فالضمان
تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا

اي على الضامن

صفقة

١٠

صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يصير قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك
بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب
احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن اخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا
لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق
ككري النهر المشترك واجرة الحارس والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
وغيرها جازت الكفالة بها بالاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا
ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام علي البزدوي
واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة
الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي
مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المقر له وان قال ضمنت لك عن
فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر
بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين
لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون
عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من ينكر الشرط كما في الخيار
اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول
بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم
يؤخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على
ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع لان احتمال الاجازة ثابت فلم يجب على الاصيل
رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع
على البائع والكفيل وعن ابي يوسف رحمه الله ان البيع يبطل بمجرد الاستحقاق فعلى

قالوا رجع وموضعه اوايل الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا
فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على
الصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه
وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل
في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة
عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو
تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف
وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يوديه
على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر
كفيل ولا معارض بين ما عليه بحق الاصالة وبين ما عليه بحق الكفالة لان الاول دين
والاخر مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عما عليه وفي الزيادة لا معاوض فيقع عن
الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه
لان اداء نايبه كادايه فيودي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل
واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان
او كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن
الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فيصح
الكفالة عن الكفيل كما يصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه اذا عرف هذا
فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض
بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يودي الى الدور لان قضيته الاستوا
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينقض برجوع الاخر عليه بخلاف
ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنايبه وان شاء
رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا ابرا رب المال احدهما

من الرجال لقوله تعالى في اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث
الزهري رضي الله عنه مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين (اي ابو بكر وعمر)
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة
رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق
والوكالة والوصية ونحو ذلك (كالعتاق والرجعة والنسب ونحوها مما يطلع عليه الرجال والوديعة والكفالة والاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع
الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال
الضبط وقصور الولاية لانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة لكثرة الوقوع والنكاح
اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان
الاصل فيها القبول لوجود ما يبنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء
اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا
يقبل اخبارها في الاخبار النبوية ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم
الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما تندرئ بالشبهات
وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر
خروجهن قال وتقبل في البكارة والثيابة والولادة والعيوب بالنساء في موضع
لا يطلع عليها الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما
لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول
الاقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة
ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث

احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة
فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تايدت بمويد اذ البكارة
اصل وكذا ~~في رد المبيع الشركة وتفرق بعده لانها تايدت بمويد اذ البكارة~~ اصل
وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم
نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع واما شهادتهن على
استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع عليه
الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه
صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة
الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون
من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق
ولان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في
الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب
لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا والمسئلة معروفة
واما لفظة الشهادة فان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة
ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب
بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة
ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانها شهادة
لما فيها من معنى الالزام حتى يختص بمجلس القضا ويشترط فيها الحرية والاسلام
وقال ابو حنيفة رضي الله عنه يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال حتى
يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف
ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر
كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود

من المحرمات خ

فيها م

لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة دارئة وان طعن
الخصم فيهم سال عنهم لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا للترجيح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في ساير الحقوق مبنيه على
الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان لظهور الفسق ثم
التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها
المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد فيستحيي وفي
العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية
وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن
محمد رحمه الله انه تزكية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة
لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح
قال في قول من راى ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى
عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله يضم
الى تزكيته تزكية اخر لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي
وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضع
المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم
عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن
الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول
القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان
ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وذلك بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط
العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في
معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضا واشتراط العد

لان القضاء

العلانية ح

امر حكمي في الشهادة فلا تتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية
السر حتى صح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد
بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضا قالوا ويشترط
الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله **فصل** وما يتحمله الشاهد
على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم
الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم
ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال
ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا
يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا
كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع
اقراره من داخل ولا يراه لانه يحصل العلم في هذه الصورة ومنها ما لا يثبت حكمه بنفسه
مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز ان يشهد على
شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة
بالنقل الى مجلس القضا فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد
الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا
يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط
فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد وقيل
هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي الشهادة في ديوانه او قضيته
لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يومن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم
ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة
او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم
يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان

يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى
على انقضا القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل
الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار
اذا حصل التواتر او اخبر من يثق به كما في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان
عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد
او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه
فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان
يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته
كما ان معاينة اليد في الاملاك يطلق الشهادة ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا واذا
راى انسانا جلس مجلس القضا يدخل اليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه
قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر
انبساط الازواج كما اذا راى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان
او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في
الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف
انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر
الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا
فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة فيه بالتسامع في اصله
دون شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شي سوى العبد
والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع
الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك
ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله

في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض
مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف ايضا
يتنوع الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين
الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما
او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران
عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما
يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم بالصواب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه
غير مختل والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر
الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة
وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر
وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد
لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار
كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت
وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى
ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا
تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة
كاصله وهو الحد بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع

بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائبين قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته
لان للكافر شهادة على اهل الكفر فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدث للكافر
شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده
برد شهادته بعد العتق ولهذا لو شهد العبد ورد القاضي شهادته ثم شهد بعد
العتق في تلك الحادثة تقبل بخلاف الفاسق والزوج اذا ردت شهادتهما في حادثة
ثم شهدا بعد التوبة والبينونة فانها لا تقبل ولو ضرب الكافر بعض الحد ثم اسلم
فضرب الباقي تقبل لان المضروب بعد الاسلام ليس بحد ولا يكون رد الشهادة من
تمامه قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده
والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة
لزوجها ولا الزوج لزوجته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الاجير لمن
استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء مشتركة ولهذا لا يجوز اداء الزكاة اليهم
فيكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد
بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه
نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع لاهل البيت وقيل المراد
الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير
كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي
تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص و
الحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد
لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير
شاهدا لنفسه من وجه او يكون متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود
به قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين

أو من وجه إذا كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى قال ولا المكاتب لما قلنا ولا شهادة
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنها شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو
شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الأخ لأخيه
وعمه لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في
مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الرديء من الأفعال
لأنه فاسق فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال
ولا نائحة ولا مغنية لأنهما يرتكبان الكبيرة فإنه عليه السلام نهى عن الصوتين الأحمقين
صوت نائحة وصوت مغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه
وإنما شرطنا الإدمان ليظهر ذلك إذ الظهور هو المسقط للعدالة لا الإيهام
بالشرب ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة ولأنه يقف على عورات النساء
بصعوده سطحه ليطير طياره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو
المغني ولا من يغني للناس لأنه يجمع على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابًا من الكبائر
التي يتعلق بها الحد للفسق ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لأن كشف العورة حرام
قال ولا من يأكل الربوا ولا من يقامر بالشطرنج والنرد لأن كل ذلك من الكبائر
وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بها باللعب بالشطرنج فأما مجرد اللعب
به فليس بفسق مانع من الشهادة لأن للاجتهاد فيه مساغًا وشرط في الأصل أن
يكون أكل الربا مشهورًا به لأن الإنسان قلما يتخلص من مباشرة العقود الفاسدة
وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الأفعال المستخفة كالبول على الطريق والأكل على
الطريق لأنه تارك للمروءة وإذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم
ولا تقبل شهادة من يظهر شتم السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة
أهل الأهواء إلا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لأنها أغلظ وجوه الفسق ولنا
أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه إلا تدينه فيمتنع عن الكذب فصار كمن
يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامدًا مستبيحًا لذلك بخلاف الفسق من حيث

التعاطي أما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم
وقيل إنهم يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم قال
وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي
لا تقبل لأنه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره
ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي أنه عليه السلام أجاز شهادة
أهل الذمة بعضهم على بعض ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون
من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم
دينه والكذب محظور في الأديان كلها بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له وبخلاف شهادة
الذمي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ولأنه يتغيظ بقهره إياه وملل الكفر وإن
اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي
أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لأن الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالًا
منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين
بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة فإن كانوا من دارين لا تقبل كالروم والترك
لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لأنه من أهل دارنا ولا كذلك
المستأمن قال وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر
قبلت شهادته وإن ألم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد من
توقي الكبائر كلها ثم بعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فأما الإلمام بمعصية لا تنقدح
به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سد
باب الشهادة وهو مفتوح إحياء لحقوق الناس قال وتقبل شهادة الأقلف لأنه لا
يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافًا بالدين لأنه لم يبق بهذا الفعل عدلًا قال والخصي
لأن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضو منه ظلمًا فصار كما
لو قطعت يده قال وولد الزنا لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما
وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل شهادته في الزنا لأنه يحب أن يكون غيره كمثله

فيهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحقه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى
جايزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال
جايزة يعني عمال السلطان عند عامة المشايخ رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق
الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف
في كلامه قبلت شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا
يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال واذا
شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك قبلت استحسانا وان انكر
الوصي لم يجز وفي القياس لا يقبل وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك
او الغريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا
الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لانه يعود نفعها اليه ووجه
الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكتفي
القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت اذ ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا
لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهد الابنان ان اباهما الغايب
وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم يقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك
نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما تثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم
لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا
شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال واذا اقام المدعى
عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانها شهادة على جرح مجرد والاستيجار
وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي

دون الاشاعة فانها حرام وانما يرخص فيها ضرورة احيا الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم ولو شهدوا

استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي
كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقام البينة
على انه صالحهم على كذا من المال ودفعه اليهم على ان لا يشهدوا عليه بزورا وبهذا
الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد المال فانها تقبل وكذا لو اقام البينة ان الشاهد
عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد
ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله
اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القاضي فكان العذر واضحا فتقبل اذا
تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم
الزيادة من المدعي بتلبيس او خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق
الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع
الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا
لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك
وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل
قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت
فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة
فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على
الالف اذا كان المدعي يدعي الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة
فيثبت ما اتفقا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة

يستفاد باللفظ

ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد
به اللفظ لان الالف لا يعبر بها عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على
كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال فان شهد احدهما بالف
والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف
لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما
على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقتان والطلقة والنصف والمائة
والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو
نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف
والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا لو سكت الا عن ذلك
لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكن
استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه واذا شهدا بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليها ولم يقبل قوله انه قضاه لانه
شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي
للشاهد اذا علم ذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير
معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف فشهد
احدهما انه قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما
بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي رحمه الله عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يقبل
وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير
المشهود به وهو الاول ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا
عند الحاكم لم تقبل الشهادتان لان احديهما كاذبة وليس احديهما باولى من الاخرى
فان سبقت احديهما وقضي بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال

وهذا ؟

اذا ؟

المشهود به الاول وهو القرض ؟

القضاء بها فلا ينقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا
في لونها قطع وان قال احدهما ثور وقال الاخر بقرة لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد
والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة
في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب
بل اولى لان الحاجة ابعد وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن
لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد
من هذا الجانب وهذا يبصره والبياض من الجانب الاخر وهذا يبصره بخلاف الغصب
لان التحمل فيه نهارا على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا
الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد
فلان بالف وشهد اخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود
اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد
على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا
فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذا الكتابة لان المقصود
هو العقد اما اذا كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال
والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو العبد والمراة والقاتل لان المقصود اثبات
العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى
الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق
فبقيت الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ
له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى
الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي
المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالف

لان امر الحرام ؟

بشاهده ؟

استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في
الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله لهما ان هذا اختلاف في
العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان
المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو
الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي
دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي
المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد
يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه
ما ذكرنا **فصل في الشهادة على الارث** ومن اقام بينة على دار انها كانت
لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف اقامة البينة
انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى
يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف لا يحتاج الى اقامة البينة انه تركها ميراثا له ابو يوسف يقول ان ملك
الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث وهما
يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية
الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل
الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال
ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على
اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى
ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت
الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير
مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا
لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله

انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا
وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضا
باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه
معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاينة ويد المدعي مشهود بها وليس الخبر
كالمعاينة وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا يمنع
صحة الاقرار فان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود
به هاهنا الاقرار وهو معلوم والله اعلم **باب**
الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة
وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض
العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته يودي الى اتوا الحقوق ولهذا جوزنا
الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان
فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندري بالشبهات
كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي
لا يجوز الا شهادة اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار
كالمراتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق اخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد
على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق
فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه
لان الفرع كالنايب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد
عند القاضي لينقله الى مجلس القضا وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان
من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع

عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي
اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها
لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه
لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا
ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الاصول والفروع جميعا حتى
يشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول
ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة ولا يقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود
الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه
حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء
يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما
حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان اذا
كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احيا
لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله
فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان
فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته
لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان
ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم
وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقبل لانه لا شهادة الا
بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف رحمه الله ان
المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا يتعرف
القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا وان انكر شهود الاصل
الشهادة لم يقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين
وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان

المدعي

الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه
يقال هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة وقد
تحققت والمدعي يدعي على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة

الحق

نظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع دار محدودة بذكر حدودها وشهدوا
على المشتري لا بد من اخرين يشهدون على ان المحدود في يد المدعى عليه وكذا اذا
انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده وكذلك كتاب
القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته
ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو قالوا في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى

بنت فلان

ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا
يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة
الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل
البخارية والسمرقندية عامة وقيل النسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى
المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام
الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى **فصل** قال ابو حنيفة
رضي الله عنه شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه
وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور
اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس
فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار
يحصل بالاشهار فيكتفى به والضرب وان كان ابلغ ولكنه يقع مانعا عن الرجوع
فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة
التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان
يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع

ماكانوا يفعلون ويقولون ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه
وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا
والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود
وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته
ان شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك اذ لا طريق الى اثبات ذلك
بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

بسم الله الرحمن الرحيم اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق
انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا
لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان
اخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم
على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله
ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء
فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته
عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا
المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب للضمان كحافر البئر وقد تسببا
للاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود
المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء
وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر

التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق
ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
في هذا ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق
وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته جميع الحق
وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان
يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد
رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته جميع الحق
فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة
الباقية فبقي ثلثة الارباع فان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى
النسوة خمسة اسداس عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى
النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا
بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امراتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في
نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما لو شهد بذلك
ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق
على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون
المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال
وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما
وكذا لو شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير
متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امراة
بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حالة الدخول في الملك والاتلاف
بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض
وبين الاتلاف بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما

اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا
لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان
لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع
لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم
وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما
اكدا ضمانا على شرف السقوط الا يرى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت
سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع
المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما
وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير
عوض والولا للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء
واذا شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال
الشافعي رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي
يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما
يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يوثر حياته ظاهرا
ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارية للقصاص
بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع
شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضا صدرت منهم فكان التلف
مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا
لم يضمنوا لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضا لانه خبر محتمل
فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضا وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا
وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضا
وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله
ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصاروا كانهم حضروا ولو رجع الاصول

والفروع

والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضا وقع بشهادتهم
وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع
لان القضا وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من
الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمين في
يضمن ايهما شاء وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم
لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضا لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم
لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع واذا رجع المزكون
عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا
على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي
لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لان
التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية لانها شرط محض
واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على
شهود اليمين خاصة لانها السبب في التلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط
المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ولو
رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ومعنى المسلة يمين
العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره
لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه في بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل
غيره فيكون بسبيله دفعا للحاجة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
وكل بالشرا حكيم بن حزام وبالتزويج عمر ابن ام سلمة رضي الله عنها ويجوز
التوكيل بالخصومة في ساير الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي
الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما اسن وكل
عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا يجوز بايفايها واستيفايها الا في الحدود والقصاص

فان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي ورأفة الجنسية بخلاف
غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة
وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا
الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكالة
باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رحمه الله مع قول
ابي حنيفة وقيل مع قول ابي يوسف رحمهم الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون
حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل حال حضرته وله ان التوكيل انابة وشبهة النيابة
يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة
ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من
عليه الحد وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان
اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به قال ابو حنيفة رحمه الله
لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا
مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي
رحمه الله ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في
خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق
على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا يلزمه يتضرر
به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الاخر بخلاف المريض
والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم
اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها
بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت
لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه

المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام
لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره و
يشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا
واذا وكل الحر البالغ العاقل او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل
من اهل العبارة وان وكلا صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز
ولا تتعلق الحقوق بهما وتتعلق بموكليهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ
تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق
المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام الصبي لقصور — العهدة
اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال
البائع ثم علم انه صبي او مجنون فله خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه
تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب والعقود التي يعقدها
الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه
تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم
التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل
بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة
عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا
في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب — ويخاصم
بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب لان كل ذلك من الحقوق
والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب او يصطاد
هو الصحيح قال رحمه الله وفي مسئلة الرد بالعيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى
قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق

بالموكل دون الوكيل ولا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان
الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه
الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن
السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان
سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار
فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق
والايداع والاعارة والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل
بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي
عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل
ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه
ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة به ولو كان له
عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان
وحده وان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عنه
عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشرا

فصل في الشراء ومن وكل رجلا بشرى شيء فلابد من تسمية جنسه وصفته او
جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة
عامة فيقول له ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء اشتراه يكون ممتثلا
والاصل ان الجهالة اليسيرة في الوكالة تتحمل كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى
التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض
الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح

التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش
الجهالة فان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن في ذلك او النوع لان
بتقدير الثمن يصير ذلك النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال
مثاله اذا وكل بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يجمع انواعا فان بين النوع كالتركي
والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا ان بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن
ولم يبين الصفة يعني الجودة و الرداءة والوسط جاز لان جهالة مستدركة ومراده
من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لاخر اشتر لي
ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة
اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمير والبغال فقد
جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح
تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا
باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال فان
سمى ثمن الدار ووصف جنس الدابة والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة
بان قال حمارا ونحوه ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة والدقيق
والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام
في الحقيقة اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا
ذكر مقرونا بالبيع والشرا ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم
فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا
اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق
العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان
فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى
دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد
الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل فيه ومراده التوكيل بالاسلام دون

قبول عقد السلم فان ذلك لا يجوز فان الوكيل بيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن
لغيره وذلك لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود
الافتراق من غير قبض ولا يعتبر بمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد
قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد
المحجور بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل
فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يصح قال واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية
ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري
للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا
بدفعه من ماله فان هلك في يده المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد قبل حبسه
الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما
بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار
قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون
راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه
عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان
المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه
منع بغير حق ولهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه
ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهاهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ
في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به واذا وكله بشرى
عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة ارطال
بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر
في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف

جامعة الملك سعود
قسم المخطوطات

انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين
فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رح
انه امره بشرا عشرة ولم يامره بشرا الزيادة فينفذ شراها عليه وشرا العشرة
على الموكل فيكون له بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل بخلاف ما اذا
اشترى لحما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان
الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال وان وكله بشرا
شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه
ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى
بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى
الثاني وهو غائب ثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فينفذ عليه
ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه
فلم يكن مخالفا وان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان
يقول نويت الشرا للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رحمه الله هذه المسئلة على
وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه
بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان
اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة
اذ الشرا لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر عرفا وشرعا وان اضافه
الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان نواها لنفسه فهو لنفسه لان له
ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع
لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح
هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت
وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقع مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا
فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية

للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب في التوكيل بالاسلام
في الطعام على هذه الوجوه ومن امر رجلا ان يشتري عبدا بالف فقال قد فعلت ومات
عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف
فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع
بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول قول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يدعي الخروج
عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا
فالقول قول المامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لانه يملك استيناف الشرا فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول
قول الآمر لانه موضع تهمة بان يكون اشتراه لنفسه فلما راى الصفقة خاسرة الزمها
الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في
يده ها هنا ولو كان امره بشرا عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول قول المامور
سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه
ولا تهمة فيه لان الوكيل بشرا شيء بعينه لا يملك شراه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال
غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لغيره بعني
هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق
اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق وان قال فلان لم امره لم يكن له لان
الاقرار يرتد برده الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وتكون عليه العهدة لانه
يصير مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له
ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن
وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ومن امر
رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان
التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشرا وهذا
كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله

وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور وان كان غير منقود فللآمر كما في غير المعين

منهاج السبع

ان يشتري احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف
بهما وقيمتهما سواء فينقسم الثمن عليهما نصفين دلالة فكان امرا بشرا كل واحد
منهما بخمسمائة ثم الشرا بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة
الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما
استحسانا لان شرا الاول قائم وقد حصل غرض المصرح به وهو تحصيل العبدين
وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى
احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي
جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف
باقٍ يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر ومن له على آخر الف فامره ان يشتري
بها هذا العبد جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز على ما نذكره
ان شا الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه ومات في يده قبل
قبض الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه
او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا
الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق
والتقييد فيه سوا فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله
انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك
العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه
الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون
امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من
شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف
ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل
نفذ الشرا على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا

فاشتراه

بدون

ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها
بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت
تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي
عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الامر لانه خالف حيث
اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن وان لم يكن دفع اليه
الالف فالقول قول الامر اما اذا كانت تساوي خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا
فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البايع والمشتري وقد وقع
الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية
المامور ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الامر اشتريته
بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البايع المامور فالقول قول المامور مع يمينه وقيل
لا تحالف هاهنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو
غايب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين
البايع والبايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما
بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الشيخ الامام الاجل ابي منصور رحمه الله
وهو اظهر والله الموفق **فصل في التوكيل بشرا نفس العبد**
واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى
اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه
اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير ومعبر ولا ترجع
اليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم
يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها
اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا
كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانها كسب عبده وعلى المشتري الف مثلها
ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا

يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد
اما هاهنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضى
به ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال
لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك
البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للامر
وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان
وكيلا بشرى شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف اخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال
بعني ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف
واقعا لنفسه ولا بد من البيان بما ذكرنا من اختلاف التصرفين **فصل في البيع**
والوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند
ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق
ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد فانه بيع من نفسه لان ما
في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع
التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان
المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف
قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والنقد والنسية والعرض عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان
مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها و
المتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الفحم والجمد والاضحية
بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لا يملكه الاب والوصي
وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان التوكيل
بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او العين متعارف

الجمد بسكون الميم وهو ما جمد من الماء

او العرض

عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسايل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح
على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان
الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء
من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشرا يجوز عقده بمثل
القيمة وبزيادة يتغابن في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه فلما لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شي
بعينه قالوا ينفذ شراؤه على الامر لانه لا يملك شراه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا
زوج امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا
يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشرا لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه
هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده
وفي العقار ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط
في الاوسط وكثرة الغبن باعتبار قلة التصرف واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز
عند ابي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع عنده
الكل بثمن النصف جاز فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من
ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة
الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع
الاول تبين انه وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع تبين انه لم يقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا
موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شرا البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي
قبل رد الامر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الامر وهذا بالاتفاق والفرق
لابي حنيفة رحمه الله ان في الشرا يتحقق التهمة على ما مر ووجه اخر ان الامر بالبيع
يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرا يصادف ملك الغير فلا يصح

كالسن الساقطة والاصبع الزائدة

فلا يعتبر فيه الاطلاق والتقييد قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض
الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة
او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد
البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي
يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه التاريخ فيحتاج الى هذه الحجج
لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب
حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع
والعيب ظاهر لا يحتاج الى شي منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة
قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الامر
فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكان
السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان
الرد بغير قضا والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في
حق ثالث والبايع ثالثهما والرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة
قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم
الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار يلزم الموكل
من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم
لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين
الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي
بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر
لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب
المال فالقول للمضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر
لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في

قوله لا يعرفه الا النساء كالقرن والرتق او الاطباء كالدق ونحوه في الفرج والسعال القديم

نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما
فنزل العقد إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظم النقد والنسيئة الحال
وإلى أي أجل كان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد
تقدم قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به
كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والأخذ
بالكفيل يتوثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض
الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل** وإذا وكل وكيلين
فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون صاحبه وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي
كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل وإن كان
مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري إلا أن
يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء
والرأي يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق — عنده صح
عبده بغير عوض أو برد وديعة أو قضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي
بل هي تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيها سواء وهذا بخلاف ما إذا قال طلقاها
إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس
ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بتعليقه بدخولهما قال وليس للوكيل أن يوكل
فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وهذا لأنه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الآراء قال إلا أن يأذن له الموكل في ذلك لوجود الرضا أو يقول له
اعمل برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه وإذا جاز في هذا الوجه يكون الوكيل الثاني
وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول
وقد مر نظيره في أدب القاضي قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته
جاز لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وإن عقد في

حال غيبته لم يجز لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه
فأجازه لأنه حضر رأيه ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد في غيبته جاز لأن الرأي
يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر
الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار
المشتري على ما بيناه أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم
الأمر وهو في تقدير الثمن قال وإذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته — ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة
الصغيرة أو باع لها أو اشترى لم يجز معناه التصرف في مالها لأن الكفر والرق يقطعان
الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره وكذا
الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تجوز شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد
من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر — يقطع
يمنع الشفقة على المسلم فلا يفوض إليهما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد إذا
قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي فكان أولى في سلب الولاية وأما
المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده وعلى مال ولده بالإجماع
لأنها ولاية نظرية وذلك إنما يتحقق باتفاق الملة وهي مترددة ثم يستقر جهة الانقطاع
إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلما فيصح والله أعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول رضي بالخصومة والخصومة غير القبض
ولم يرض به ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض
والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة
من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في
معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك قال
فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما
واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا

بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل
او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي للخصومات فلم يكن
الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها
اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل
باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشرا والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه
باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل
بالشرا لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل
فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه
امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد
له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغايب
وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت على غير خصم فلم
تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر
يده حتى لو حضر الغايب تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان
الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذا الطلاق والعتاق
وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتق
على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغايب استحسانا دون العتق والطلاق
قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا
يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج عن الوكالة
وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضا وقال زفر والشافعي
لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة
وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا
لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكل بالجواب مطلقا

يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان
ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق
الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى
فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله انه يصح لان التنصيص زيادة
دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب
والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وتخيير الطالب فيه ثم بعد
ذلك ابو يوسف رحمه الله يقول ان الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص
بمجلس القضا فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة
حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضا خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة
الخصومة او لانه سببه لان الظاهر اتيانه بالمستحق عليه عند طلب المستحق
وهو الجواب في مجلس القضا فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير
مجلس القضا يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا
وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضا لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا في ذلك
ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم
الركن ولان قبول قوله لازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه
مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى
ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الديون فلو وكله الطالب بقبض المال
عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه
الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر
الغايب فصدقه والا دفع الغريم الدين اليه ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث
انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان

كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع
في يده لم يرجع عليه بشيء لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا
الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا
مضمون في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب
له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مع تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر
لما قلناه وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المودى صار
حقا للغايب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل الغايب بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر
بالتسليم اليه لانه اقرار بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة
ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته
فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان
في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد
استوفاه فانه يدفع المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد قوله فلا يؤخر
الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب
قال وان وكله بعيب في جارية ليردها به فادعى البايع رضى المشتري لم يرد عليه
حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه
الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله وها هنا غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض على الصحة
وان ظهر الخطا عند ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري بعد ذلك
عنده لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر
لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضا وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان

يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى
البايع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله
فانفق عشرة من عنده عليهم فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا
والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس
له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرا
فاما الانفاق يتضمن الشرا فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

وللموكل ان يعزل الوكيل
عن الوكالة لانه حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب
من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن
قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في العزل اضرارا
به من حيث انه يبطل ولايته وذلك اضرار به او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال
الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول
وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف
غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتداء فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض
وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند
ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه
تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل
لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق
قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذلك وكالته فان اسلم
نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا
تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير ولو كان
الموكل امراة فارتدت فهي على الوكالة حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا

تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر
عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة علم الوكيل او لم يعلم لما
ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق
بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل اذا باع الموكل المعين
الموكل ببيعه قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح
امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما
قال رحمه الله وهذا عند محمد رحمه الله فاما عند ابي يوسف رحمه الله لا تعود الوكالة
لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل فانه يتصرف بمعان قائمة به
وانما عجز لعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا
ولابي يوسف رحمه الله اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف بالاهلية وولاية
التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد
والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر
من المذهب وروي عن محمد رحمه الله انه يعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر
ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم
يزل باللحاق قال ومن وكل اخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة
وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ما اذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فكاتبه الموكل
بنفسه او اعتقه او وكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او وكله
بطلاق امراته فطلقها الزوج ثلثا او واحدة او بالخلع فخالعها الزوج بنفسه
لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه
وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها
الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه
بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل ان
يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة
اخرى

اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم
الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه
كان له ان يبيعه والله اعلم

كتاب الدعوى

المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة
الفرق بينهما من اهم ما تبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
في ذلك فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة
كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من
يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل
المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند
الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا
قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا صورة لانه ينكر الضمان
قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى
الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى
عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا بالشهادة والاستحلاف لان الاعلام
باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف
ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة عن اخرهم في كل عصر ووجوب
الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكر
وسنذكره ان شاء الله تعالى وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان
العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة ومن ادعى عقارا حدده وذكر
انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار
الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود

وانما يتهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو
الصحيح وان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره لحصول المقصود وان ذكر بلده من الحدود
يكتفي بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف
به المدعى به ولا كذلك بتركها وكما تشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة
وقوله في الكتاب ويذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده
وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا
بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما
بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه
ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال
وعلى هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق وان كان حقا في الذمة ذكر انه
يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه
بالوصف فانه يعرف به واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم
فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل
المدعي البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد
البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها
وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين
حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام والله اعلم بالصواب

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة
وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وقال
ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه
ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة
لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رحمه الله مع
ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي قال ولا ترد

اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة
تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي
يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى
الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان
قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان
اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى
عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد
اليمين على المدعي فاذا حلف قضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع
عن اليمين الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل
الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على
اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه
وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه
وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه
بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما
المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة جاز هو الصحيح لما قلنا والاول اولى
ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا
علم انه لا آفة من طرش او خرس هو الصحيح وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند
ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق و
الاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية
انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه والمولى ينكر لانه لو ادعى المولى يثبت النسب باقراره ولا
يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان
اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ

بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين
واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل
لا يجري في هذه الاشيا وفايدة الاستحلاف القضا بالنكول فلا يستحلف الا ان
هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة
الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بنا على زعم المدعي انه يقبض حقا لنفسه والبذل
هاهنا معناه ترك المنع وامر المال هين ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط
بفعله شيان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل
وامراتان واذا ادعت المراة طلاقا يجري في الاستحلاف عندهم لاسيما اذا كان المقصود
هو المال وكذلك في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في
اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما
يستحلف في دعوى النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق
الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والزوج والمولى
في حقهما ومن ادعى على غيره قصاصا فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما
دون النفس لزمه القصاص وان نكل عن اليمين في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الارش فيهما لان النكول
اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد ولابي حنيفة
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال
لشخص اقطع يدي فقطعها لا يجب القصاص وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح
لعدم الفايدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة
وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به
كما في القسامة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك

ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جايزة عندنا وقد مر من قبل
واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير
ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه
ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي
عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير
من المال والخطير ثم لا بد من قوله بينة حاضرة في لزوم التكفيل معناه في المصر حتى لو قال
المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفايدة فان فعل والا امر بملازمته كيلا
يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا
الى اخر المجلس والاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
وهو اضرار به بمنعه من السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب
الحجر ان شاء الله تعالى **فصل في كيفية اليمين والاستحلاف** قال واليمين بالله تعالى
دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وتوكد بذكر اوصافه
وهو التغليظ وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شي منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط
كيلا يتكرر عليه اليمين لانه لو قال والله والرحمن والرحيم كانت ايمانا ثلثا ويجوز حتى
تصير يمينا واحدة لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شا غلظ وان
شا لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على
غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا
وقيل في زماننا اذا الح به الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله
وكثرة الامتناع بسبب الحلف في الطلاق ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة
على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام
لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم

هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليهما السلام
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
هكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احدا
الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو
اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان
تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يستحلف الا بالله لان الكفرة كلهم
يعتقدون الله تعالى قال سبحانه وتعالى ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يحلفون
في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع منها ولا يجب تغليظ اليمين على
المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك حاصل بدونه وفي ايجاب
ذلك حرج على القاضي لو كلف حضورها وذلك مدفوع عنه ومن ادعى انه ابتاع من هذا
عبدا فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لان العين قد تباع
ثم يقال فيها ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق رده عليك ولا يحلف بالله ما غصبت
لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد
يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف
بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه
لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على
قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على
الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف
على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك
النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان يدعي مبتوتة نفقة
والزوج ممن لا يراها او تدعي شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف على
الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فاما اذا كان سببا لا
يرتفع برافع فالتحليف فيه على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه

بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعلى نقض
العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم ومن ورث عبدا فادعاه آخر يستحلف على علمه
لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه فانه يحلف
على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشرى سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة ومن
ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن
عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه والله اعلم

باب التحالف

واذا اختلف
المتبايعان في الثمن فادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر
من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فايهما اقام البينة قبلت بينته لان في جانب الآخر
مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما البينة كانت البينة
المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في
الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري في المبيع اولى
نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن
الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة في ذلك لانهما
ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به تراضيا فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد
منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفق القياس لان البائع يدعي زيادة
الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي تسليم المبيع بما نقد من الثمن والبائع ينكره
فكل واحد منهما مدع منكر فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا
يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي
بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية
عن ابي حنيفة رحمهم الله وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا

بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رحمه الله اولا يقول يبدا بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم ولو كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ الحاكم بيمين ايهما شاء لاستوائهما وكيفية اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح انه يكتفي بالنفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما من البدل فيبقى بيع بثمن مجهول فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد فلا بد من الفسخ في فاسد البيع وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون كالاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الاجل والخيار مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع من ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه الاخر والاخر ينكر وانه يفيد زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن

بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمة الله عليهما ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمدعي ما يدعيه ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما اوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل فان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات جزئها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار الحصة من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهالة وذلك لا يجوز الا ان يرضى بترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون كل الثمن بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا قالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعضهم ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القائم فاذا اختلفا ولم يتفقا على شيء وطلب احدهما الفسخ او كلاهما

يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا
في تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما
اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع
بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
حلف يفسخان العقد في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة
الهالك يوم القبض فالقول قول البايع وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاماها
فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل وهو ما اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد احدهما بعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط ثمن ما رده
وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره والقول
قول المنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها
الزيادة في ثمن الهالك وهذا لفقه وهو ان في الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على
احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبايع منكر حقيقة
فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة
الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدعي ظاهرا فلهذا يقبل بينته ايضا وترجح
بالزيادة الظاهرة وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله ومن
اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع
الاول ونحن ما اثبتناه بالتحالف فيه بالنص لان النص ورد في البيع المطلق والاقالة
فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس
يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد
والقيمة على العين فيما اذا استهلكه غير المشتري في لو قبض البايع المبيع بعد
الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لانه
يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا

في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض
لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم اذا كان
عرضا فرده بعيب فهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع
العين يعود البيع دل على الفرق بينهما ولو اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه
تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه
بالحجة ولو اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر
مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولم يفسخ النكاح
لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه
بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ قال ولكن يحكم مهر المثل
فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له
وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضى بما ادعته المراة وان كان مهر المثل اكثر
مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا
لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف ولا ثم
التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية
وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفايدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رحمه الله
بخلافه وقد استقصيناه في النكاح فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا
العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا
كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد
فوجبت القيمة ولو اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه
اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل القبض وكلامنا قبل استيفاء
المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة

وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الاجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام
البينة قبلت فان اقاماها فبينة الاجر اولى لو كان الاختلاف في الاجرة وان كان
في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل
نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة وهذا شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة ولو
اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند
محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه
فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد ويتبين حينئذ ان لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول قول المستاجر
مع اليمين لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا
وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر مع يمينه لان العقد ينعقد
ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتدا العقد عليها بخلاف البيع
لان العقد فيه دفعة واحدة واذا تعذر في البعض تعذر في الكل ولو اختلف المولى
والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع
ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند
اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة
ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب
مقابلا للعتق عند الاداء وقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا
يتحالفان ولو اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة
لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنسا فهو للمراة كالوقاية بشهادة الظاهر لها
وما يصلح لهما فهو للرجل كالانية لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في
الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق

بينما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات
احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما
لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المراة ما تجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان
الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض
بظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح
ما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان يصلح للنسا فهو للمراة وما يكون لهما
فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء لقيام الوارث
مقام المورث ولو كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى
وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن معارض وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في
الخصومات فصل فيمن لا يكون خصما واذا قال المدعى عليه هذا
الشي اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه واقام البينة
على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذلك لو قال اجرنيه واقام البينة
على ذلك لانه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وقال ابن شبرمة لا يندفع
لانه تعذر اثبات الملك للغايب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى
البينة شيان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو
خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المراة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل
ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى رحمه الله لانه صار خصما بظاهر
يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى
تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فهو
كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى
مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي

به لا يقبله وان قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان
يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت
لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب
عند محمد رحمه الله للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت بالبينة
ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول
فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه
او اضر به شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة
وان قال ابتعته منه فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك فقد اعترف بكونه خصما
وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد
البينة على الوديعة . . . لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف
دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد وتصح
دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة
لا تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال
محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم
فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه
لم يعينه درا للحد عنه شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف
الغصب فانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره
فيكون وصوله الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان
فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكه والله اعلم بالصواب

باب ما يدعيه الرجلان

واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد يزعم انها له واقاما بينة بذلك قضي بها
بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترت البينتان وفي قول يقرع بينهما لان احدى

البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في حالة واحدة وقد تعذر التمييز
فتهاترتا او يصار الى القرعة فان النبي صلى الله عليه وسلم اقرع فيه وقال اللهم انت
تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة الرازي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة
كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل
الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل
بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يحتمله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لانه
تعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما
لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقتا البينتان فاما اذا وقتا
فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت المراة لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته
لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو انفرد
احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة فقضى القاضي له بها لان القضا الاول
قد صح فلا ينقض بمثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطا
في الاول بيقين وكذلك اذا كانت المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج
الا على وجه السبق ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى هذا العبد منه من
صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف
الثمن وان شاء تركه لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته كانت في الكل فيرده
ويأخذ كل الثمن فان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ
جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة
لولا بينة صاحبه بخلاف ما اذا قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع
لانه يدعي الكل فلم يفسخ سببه وان ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه
اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به فان وقتت ولم يوقت الاخرى

فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده
فلا نقض له بالشك وان لم يذكرا تاريخا وهو مع احدهما قبض فهو اولى ومعناه
انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض
اليد الثابتة بالشك وكذا ان ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل
شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شرا والاخر هبة
وقبضا معناه من صاحب اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى لان الشرى
اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والهبة يتوقف على القبض وكذا
الشرى والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى
يقضى بها بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح
بمعنى قايم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمل القسمة عند البعض
لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشايع وصار كاقامة
البينتين على الارتهان وهذا اصح وان ادعى رجل شرى وادعت امراة انه تزوجها
عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه
وهذا عند ابي يوسف رحمه الله واما عند محمد رحمه الله الشرى اولى ولها على الزوج القيمة
لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشرا اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب
القيمة عند تعذر تسليمه فان ادعى رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما البينة
فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه
الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون والمقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد
الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض فانه بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لانه
عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وكذا
الهبة بشرط العوض واذا اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ
الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه
وان ادعيا الشرى من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فهو

٤٠

للاول منهما لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشرا من اخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعيهما فيصير كانهما
حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت
الاخرى قضي به بينهما نصفين لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون
الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته
فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له حتى يتبين انه تقدمه شرى غيره وان ادعى احدهما
الشرا من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع
الصدقة والقبض من اخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من
ملقيهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة
على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا فهو اولى وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد رحمهم الله وعنه في رواية انه لا تقبل
بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة
الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع
فان الملك اذا ثبت في وقت لشخص فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته
وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما
والمعنى ما بيناه ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما
دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وعلى قول
ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع
ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو
كانت في يد ثالث والمسالة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
الذي وقتا اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل

استحقاق الزوايد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رحمه الله ان
التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح
بالتيقن ولابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضاده احتمال عدم التقدم فيسقط
اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على الملك المطلق بخلاف الشرا لانه امر حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ وان اقام الخارج و
صاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على
ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له هذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى ابن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على وجه
القضا ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو
بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك
المطلق والاخر البينة على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته على
اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين
خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث
البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيد البينة ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا
عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل
بينته وينقض القضا لانه بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا
مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن
واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة
الملك المطلق وهو مثل الخز والغرس والبناء وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل
يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف بها فان اشكل عليهم يقضى به للخارج لان القضا
ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فان لم يعلم يرجع الى الاصل وان اقام الخارج
البينة على الملك المطلق وصاحب اليد بينة على الشرا منه كان صاحب اليد اولى لان
الاول ان كان يدل على اولية الملك فهذا تلقي منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك

له ثم ادعى الشرا منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من الاخر ولا تاريخ
معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رحمه الله وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين ويكون للخارج
لان العمل ممكن كانه اشترى ذو اليد من الاخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق
على ما مر ولا ينعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده
يجوز ولهما ان الاقدام على الشرا اقرار منه بالملك للبايع فصار كما اذا قامتا على
الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هاهنا لان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا
يمكن القضا لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو
شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض
مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب
عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد
لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان ولم تثبتا قبضا ووقت
الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح
بيعه قبل القبض فبقي على ملكه ولو اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان
البيعين جايزان على القولين ولو كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين
فيجعل كانه اشترى ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب اخر
واذا اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين
علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف
واذا كانت دار في يد رجل فادعاها اثنان احدهما نصفها والاخر جميعها فاقاما
البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له بلا
منازعة بقيت منازعتهما في النصف الاخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق
العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب

فيجعل كان الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض من
صاحب اليد وهو جايز
في العقار عندهما

بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسألة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد
ذكرناها في الزيادات وان كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء
ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضي ببينته والنصف الذي
في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه
دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده واذا تنازعا في
دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة توافق
احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما
لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت
البينتان هكذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد
من كانت في يده ولو كان العبد في يد رجل واقام رجلان البينة على احدهما بغصب والاخر
بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق **فصل في التنازع**
بالايدي واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب
اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر
رديفه فالذي في السرج اولى لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث
يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير عليه حمل لاحدهما فصاحب
الحمل اولى لانه هو المتصرف قال واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر
متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا واذا
كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس
الحجة فلا توجب زيادة الاستحقاق واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر
عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه واذا قال انا عبد لفلان فهو عبد
للذي هو في يده لانه اقر انه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد
للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها فيكون بمنزلة المتاع بخلاف

ما اذا

ما اذا كان صغيرا فكبر وصار يعبر عن نفسه وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه
ظهر الرق عليه في حال صغره واذا كان الحائط على جذوع لرجل او هو متصل ببنائه
وللاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب
الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل
وللاخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد
يسمى اتصال تربيع وهو شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط
وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار بالهرادي اصلا وكذا البواري لان
الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر عليه شيء
فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر
منها بعد الثلثة ولو كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللاخر موضع جذعه
في رواية وفي رواية لكل واحد ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشبتين بينهما وقيل على قدر خشبهما
والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال
من كل واحد منهما بقدر خشبته وجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون
الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا ان للاخر يبقى حق الوضع لان
الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع فالاول اولى
ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى
من اليد وجه الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء
له ببعضه القضاء له بكله ثم يبقى للاخر حق وضع الجذوع لما ذكرنا وهذه رواية الطحاوي
وصححها الجرجاني واذا كانت دار منها عشرة ابيات في يد رجل وبيت في يد اخر فالساحة
بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور فيها واذا ادعى الرجلان ارضا
يعني كل واحد يدعي انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في
ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة
مثبتة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لان الحجة قامت له لان اليد حق مقصود

ولعلها لغيرها فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما
لما بينا فلا يستحق احدهما من غير حجة ولو كان قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في
يده لوجود التصرف والاستعمال

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس
وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في
دعواه مناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوة ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان
ان اتصال العلوق بملكه دلالة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على
الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه
باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق ولو
ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعد دعوته فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها
الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم
يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا
تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير
وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من
سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في
ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه فاذا صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل
البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق
في الملك فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد
في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه
استيلاد الام وان ماتت الام وادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر وادعاه
البائع يثبت نسب الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات

التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله
عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى قال
ويرد الثمن كله عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه
تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما
هي متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير اذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشتري ثم ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من
الثمن وان كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا
الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد
وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته
كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام
المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل
النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض
الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في
الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في
فصل الموت ومن باع عبدا ولد عنده فباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه
ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله
وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة
لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على
ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان
النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت
نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا
لان التوامين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير واذا كان في يده غلامان

توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه
وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه والمسئلة
مفروضة فيه ثبتت حرية الاصل فيه فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان
فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان
هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وهنا يبطل تبعا لحريته فيه حرية الاصل
فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الذي في يده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه
دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته واذا كان الصبي في يد رجل
فقال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال
هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كأن
لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه
والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال انا اعتقته
يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه العبد لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف
ما اذا لم يصدقه العبد ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير
كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح
ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيمتنع دعوته كمن
شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق
به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد
فلا يرتد برده ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى منه
وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصح مخرجا على اصل ابي حنيفة
فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال المسلم هو عبدي وقال النصراني هو ابني فهو ابن النصراني

وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان النظر للصبي في هذا اوفر
لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل التوحيد ظاهرة وفي عكسه الحكم
بالاسلام تبعا وحرمان الحرية اصلا اذ ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة
البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين واذا ادعت امراة صبيا
انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امراة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المراة
ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه
يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب
فيثبت بالفراش القايم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة
ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر في الطلاق فان لم تكن
معتدة ولا منكوحة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها
ولو كان لها زوج فزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امراة
لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه
من غيرها وزعمت المراة انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام الفراش
بينهما ولقيام ايديهما وكل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ونظيره
ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب
بينهما لان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان
المحل لا يحتملها ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد
يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد
منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما
ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر
قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع فان مات الولد فلا شيء على الاب لانعدام المنع
وكذلك اذا ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه

وان قتله الابن غرم قيمته لوجود المنع فكذا لو قتله غيره واخذ الاب ديته لان سلامة
بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرمه كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه
لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع
به على البايع والله اعلم

كتاب الاقرار

اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان
الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة
لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان
العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره
بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي
مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف الماذون له لانه مسلط عليه من جهته بخلاف الحد والدم
لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى عليه فيه ولا بد من العقل والبلوغ
لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا
له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا
بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط
بها علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول
لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد على البيان م
عبديه فان لم يبين اجبره القاضي لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان
فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له
لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر
من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا اذا قال غصبت منه
شيئا ويجب ان يبين ما هو مال حتى لو بين في الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول
اصح ولا بد من ان يجري فيه التمانع تعويلا على العادة حتى لو بين في حبة حنطة لا يصح

ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع وان كان لا يضمن بالغصب
ولو قال له علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان
كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال
مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا
يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه نصاب عظيم حتى يقطع به اليد المحترمة
وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها
بالعشرين وفي الابل بخمسة وعشرين لانه اقل نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة
بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من الجنس الذي سماه اعتبارا
لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة وعندهما
لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما
دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما
فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فيحمل عليه وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اليه
ادنى الجمع الصحيح فينصرف اليه الا ان يبين اكثر من ذلك لان اللفظ يحتمله وينصرف الى
الوزن المعتاد ولو قال له علي كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر
عددين مبهمين بغير حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا
درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين درهما لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد وعشرون درهما فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو
درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير الواو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه ولو ثلث
بالواو فمائة واحد وعشرون ولو ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره ولو قال له علي او قبلي
فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال
المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه
والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي بعض نسخ المختصر في قوله

قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء
عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او
في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بالامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون
الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك
الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار لان الهاء في
الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فيصير كانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى
لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق
واجب والقضا يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضا لما بينا وكذا دعوى الصدقة
والهبة لان التمليك يستدعي سابقة الوجوب وكذا اذا قال احلتك بها على فلان لانه تحويل
الدين من ذمة الى ذمة ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل
لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال ثم ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في
يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسالة
في الكفالة ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر ولو قال له
على مائة ودرهم فالمائة لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع
في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم
معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل
الثاني ووجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا
بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه
وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما في الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا
يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة
اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف
اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير والاثواب تصلح تفسيرا للمائة فانها جمع بخلاف
الثوبين فكانت كلها ثيابا ومن اقر بتمر في قوصرة فله التمر والقوصرة ووجهه ان القوصرة

ظرف ووعاء له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام
في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع
فكان اقرارا بغصب المنزوع وان اقر بدابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة لان
الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول
محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص لان اسم
الخاتم يشمل الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان
اقر بسيف فله النصل والجفن والحمايل لان الاسم ينطوي على الكل ولو قال غصبته
ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال له علي ثوب
في ثوب لزماه لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه درهم واحد لانه ضرب
لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة
اثواب فامكن الحمل على الظرف ولابي حنيفة وابي يوسف ان كلمة في قد تستعمل للبين
والوسط قال الله تعالى فادخلي في عبادي وادخلي جنتي اي بين عبادي فوقع
الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء فتعذر الحمل
على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب
لزمه خمسة واحدة لان الضرب لا يكثر المال وعن الحسن رحمه الله انه يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله
ولو قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة
يلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل
الغايتان وقال زفر رحمه الله تلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري
ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت
الدلايل في الطلاق والله اعلم

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي الف فان قال اوصى له
فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له

ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه

وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لان الاقرار في الحقيقة
لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين كان المال
بينهما فان قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار
لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد
امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار
بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا
صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح الاقرار ولزمه لان له وجها صحيحا
وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار
للفسخ والاخبار لا يحتمل الفسخ ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم
بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

ومن اقر واستثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي
لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل
او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا
ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم
الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال
محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما لمحمد رحمه الله ان الاستثناء
ما لولاه لدخل المستثنى تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي
رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث
الثمنية اما الدنانير فظاهر والمكيل والموزون فاذا ذكرا وصفا فهما اثمان تثبت
في الذمة فيكون ثمنا في الجملة اما الثوب فلا يصلح ثمنا اصلا ولهذا لا يجب بمطلق
عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح ان يكون مقدرا للدراهم فيبقى بقدره مستثنى من
الدراهم وما لا يصلح ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح

ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء
بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما
لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق
بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس
لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يجب المال
حالا ومن اقر بدار واستثنى بناها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا
الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا
منها لانه داخل فيه لفظا وان قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة
عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا
قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار
بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له
ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك عليه قال رحمه الله وهذا على وجوه
احدها هذا وهو ان يصدقه ويدفع العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال
لازم المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول
المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر
بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه وان قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان
لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي الالف ببيع غيره والاخر ينكر
واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم
يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل
لانه رجوع فانه اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين
ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه

عند الاختلاط بامثاله وذلك يوجب هلاك المبيع معنى فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا
كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان
كان موصولا صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن
بيع وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه
وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب به لا يتاكد الا بالقبض والمقر
ينكره فكان القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر
كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس
من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير
لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن
الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين
باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في اخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق
وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الفا ثم قال هي زيوف او
نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان قال مو
موصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا الخلاف
اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا الخلاف اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع
لهما ان هذا بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم
يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه فصار كما لو
قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما
اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة
ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح
استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يصح كاستثناء البناء

الوجوب

صولا صدق

وان قال

الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد

علي

في الدار وهذا بخلاف ما اذا قال لفلان كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة
نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير
رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل
المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر الرواية ان التعامل بالجياد
غالبا فانصرف مطلقه اليها ولو قال له علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض
قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار
ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا
او قال اودعني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان
يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع
فيصح وان فصل ولهذا لو بين المغصوب في الوديعة بالمعيب القول له وعن ابي يوسف
انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال
هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق
لان الستوقة ليست من جنس الدراهم الا ان الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا
فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا الا انه ينقص كذا لم يصدق ان فصل وان وصل
صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا لا مفصولا بخلاف الزيافة
لانها وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي على ما بينا ولو كان
الفصل ضرورة انقطاع الكلام كان واصلا لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب
ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لاخر
اخذت منك الفا وديعة فهلكت فقال الاخر لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان
قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب
الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبريه وهو الاذن والاخر ينكره فكان القول قوله مع
اليمين وفي الفصل الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو
الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان

قال قابل اعطاوه والدفع اليه لا يكون بدون قبض قلنا قد يكون بالتخلية والوضع
بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وهذا الخلاف فيما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول
للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنا على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب
الضمان وهو القرض والاخر ينكر فافترقا ولو قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان
فاخذتها وقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه
وهو ينكر والقول للمنكر ولو قال اجرت فلانا دابتي هذه فركبها وردها او اجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قول المقر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا
الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط ثوبي هذا فلان بنصف درهم ثم قبضته وقال
فلان الثوب ثوبي فهو على الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة
وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاعارة والاجارة ضرورية تثبت ضرورة
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا
له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فكان
الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه اخر ان في الاعارة والاجارة والاسكان
اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها ولا كذلك في مسئلة الوديعة فانه قال
فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كانت على هذا الخلاف
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الاخر وهو الاجارة
واخواتها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الاخر ايضا في كتاب الاقرار وهذا الخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او قال اقرضته الف درهم ثم اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول له لان الديون تقضى بامثالها وهو قبض مضمون
فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعي من الدين مقاصة
وهو ينكر اما هنا فالمقبوض عين ما يدعي فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان

هذا

فلانا زرع هذه الحنطة او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر
فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر
فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن
اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر بان يكون في بيته
كذا هذا

باب الاقرار في المرض

واذا اقر المريض في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في
مرضه باسباب معروفة فدين الصحة والديون المعروفة الاسباب مقدم على
غيره وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما
وهو الاقرار الصادر عن عقل ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار
كانشاء التصرف مناكحة ومبايعة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه
ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان تعلق حق غرماء الصحة بهذا
المال استيفاء ولهذا امنع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح
لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حقهم تعلق بالمالية
دون الصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب
فيتحقق التثمير وهو حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانها حالة الحجر
بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة الحجر فيفترقان
وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له
وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر
مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ولو اقر
بعين في يده لاخر لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز
للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال
حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض

عثل القيمة

مثل

في مرض او نفقة ثمن ما اشترى في مرض وقد علم وجوبه بالبينة قال واذا قضيت
بعض الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف فيما اقر به في حال المرض لان الاقرار
في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته
واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان
المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه
في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة
بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لم يصح الا
ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار
حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة
مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين
ولانه تعلق حق الورثة بماله ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص
البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة
سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في
الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار في المرض يمتنع الناس عن معاملته وقلما
تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار لوارث اخر لحاجته ايضا
ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح اقراره ولو
اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا بالثلث
لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره بالثلث جاز تصرفه في
ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل ومن اقر لاجنبي في
مرض موته ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية فلا يصح
ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى
وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان
التزوج فبقي اقراره لاجنبية ومن طلق امراته في مرض موته ثلثا ثم اقر لها

بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب
الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها
زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر لغلام
يولد مثله لمثله انه ابنه وليس له نسب معروف وصدقه الغلام ثبت نسبه
منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط
ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب
معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديق الغلام لانه في يد نفسه
اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر ولا يمتنع بالمرض من قبل
لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه
منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته ويجوز اقرار الرجل بالوالدين
والولد والزوج والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير
ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يجوز اقرارها
بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول
وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا
بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب
يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوج لان حكم النكاح ثابت وكذا
يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها فلا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم وقت الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم
لم يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف
قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم

الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له الميراث لان له ولاية التصرف
في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميع ماله فيستحق
الجميع وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية
حقيقة حتى لو اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان للموصى له الثلث ولو كان
الاقرار وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى ان من اقر باخ في مرض موته وصدقه
المقر له وانكر المقر ورثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له وان لم يوص
لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لانه لم يثبت نسبه فبطل اقراره ومن
مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره يتضمن
شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه فلا يقبل كالمشتري اذا اقر على البايع بالعتق لا يقبل قوله عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن
ولكن يقبل في حق العتق ومن مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان
اباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر وللاخر خمسون لانه اقر بالدين على الميت لان
الاستيفا انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو
المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولكن لو رجع
المقر على القابض بشيء يرجع القابض على الغريم ويرجع الغريم على المقر فيؤدي الى
الدور والله اعلم

كتاب الصلح

الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جايز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير وقوله عليه السلم كل صلح
جايز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الصلح مع الانكار والسكوت لما ذكرنا من الحديث وهذا الصلح بهذه
المثابة لان البدل كان حلالا على الدافع كان حراما على الاخذ فينقلب الامر ولان
المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا
واول ما روينا وتاويله احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح
على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعي

باخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة
عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية للانفس ودفع الرشوة لدفع
الظلم امر جايز فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع
عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما
فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط وخيار الرؤية
ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه
لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع اعتبر
بالاجارة لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن
السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى
المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق
المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا
يثبت كونه عوضا في حقه بالشك واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه
عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا للخصومة وزعم المدعي
لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا
عن ماله فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه واذا
كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او
انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل
العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة
له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترد وان استحق بعض ذلك رد حصته
ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض وان استحق المصالح
عليه وكان الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعض

ذلك رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر
المستحق لان ما استحق بعض لان المبدل فيه الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار
شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له بخلاف الصلح على
الانكار لانه يدفع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب
في الاستحقاق في الفصلين ومن ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق
بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق
الكل لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمنا في البيوع
ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما يقبضه من عين حقه و
هو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح
فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز من دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما قدمنا قال والمنافع
لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح من جناية
العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قال ابن عباس
رضي الله عنه انها نزلت في الصلح من دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح
مسمى فيه صلح هنا لان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية
هاهنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق
العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه هو الموجب الاصلي ويجب مع السكوت
عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف
ما اذا صالح على حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان الشفعة حق التملك ولا حق في
المحل قبل التملك اما القصاص ملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم
يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتان

على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة
البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانها مقدرة شرعا فلا يجوز ابطال
التقدير فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر
الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد
مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض
في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على
جنس اخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء
لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما
تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق
الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة
فلا يجوز ان يصالح عنه واحد على الانفراد ويدخل في اطلاق جواب الكتاب حد
القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي
تجحد فصالحته على مال بذلته له حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه
امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة
قالوا ولا يحل له ان ياخذ ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال
وان ادعت امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز هكذا ذكر في
بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز ووجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها
ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى
فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على
مال اعطاه اياه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه
على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه

يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا
ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا
لم يجز ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز ووجه الفرق
ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا وكذا استخلاصا بمال
المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته ولهذا كان تصرفه فيه نافذا بيعا فكذا
استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال ومن غصب
ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على اكثر من المائة جاز عند ابي حنيفة
وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة
فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة
ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة
ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على
الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر
من نصف القيمة فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة
ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز
الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عرض جاز لما بينا
انه لا يظهر الفضل والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه
الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذا اذا كان الصلح عن دم عمد او كان الصلح على
بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل
بالنكاح الا ان يضمنه لانه هو حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان
الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل

دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح على
مال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى
عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على
المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من
المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان
مقرا او منكرا وكذلك لو قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه
تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو صالح على
الف وسلمها اليه لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول المقصود ولو قال صالحتك
على الف ولم يسلمها فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم
يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي
يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه واذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب
فيتوقف على اجازته قال رحمه الله ووجه اخر وهو ان يقول صالحتك على هذه
الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته
له فيتم بقبوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه
التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم
يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم
استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان
ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سماه يرجع عليه ببدله والله اعلم بالصواب

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع
عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه
استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على رجل الف درهم فصالحه على خمسمائة
وكمن له على رجل الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض
حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى لتصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لانه

لان التسليم

يفضي الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسألة الاولى وللبعض والصفة في المسألة الثانية ولو صالحه على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فلا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وذلك حرام ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى اجل صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيل الباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد اولان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على اخر الف درهم فقال له اد الي غدا خمسمائة على انك بري من الفضل ففعل فهو بري فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او رجاء تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله قال رضي الله عنه

وهذه المسألة على وجوه احدها هذا والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بري من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حالها وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا والخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدا باداء الخمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بري من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسألة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به والله اعلم

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه

قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب
متحد كثمن المبيع اذا كان بيع صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما
وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع
الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة
وان شا اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه
في ذلك قال ولو استوفى احدهما نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض
لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى
الباقي على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه
ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على
المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع
ربع الدين يتضرر فيتخير القابض لما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع
لانه ملكه بعقده والاستيفا بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع
الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم
له ان يشاركه لانه انما رضي بالتسليم بشرط ان يسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم
ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه
لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن
البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح
عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق وعندهما رحمهما الله لا يصح
لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراها شراء
فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند
محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية

وكذا الصلح على عن جناية العمد واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه
على راس مال السلم لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه
ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما
لا بد من اجازة الاخر بخلاف شرى العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد
والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا
شاركه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا
اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف
وعلى الوجه الثاني بالاتفاق **فصل في التخارج** واذا كانت التركة بين ورثة
فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان
ما اعطوه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح
تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف
دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك
لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه
صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض
ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا فلا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة
فلا ينوب عن قبض الصلح ولو كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه
على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون
نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض
فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر واذا كان بدل
الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير
وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان ويصرف الجنس
الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض لكونه صرفا قال واذا كان

في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون
الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح
وان شرطوا ان يبرا الغرما منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز
لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى
ان يعجلوا قضا نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه
ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوه عما وراء الدين ويحيلهم على استيفا نصيبه
من الغرما بنصيبه ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على
المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة
ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه
بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام
المصالح عنه في يد البقية من الورثة ولو كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح
ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث فان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان
يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم

لان التركة حق بالغريم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة
من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي من التصرف فيه وبين مهتد في التصرف
صفر اليد من المال فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصالح
الغبي والذكي والغني والفقير وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونها
فقررهم على ذلك وتعاملت بها الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ثم المدفوع
الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو
وكيل فيه لانه يتصرف فيه باذن مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال
بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف

اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرما وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من الدين

فقد يكون ان يكون الصلح بيعا لان الصالح عين وبيع المجهول لا يصح وهو قياس مذهب الشافعي

ووجه القياس ان التركة لا تخلوا عن قليل الدين فلم تبق للغرما حق الورثة الكل

كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال
من احد الشريكين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل
من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان
بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي بينا
ان الشركة تصح به وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا فقال له بعه واعمل بثمنه
مضاربة جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذلك
لو قال اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين
الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل
على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للامر فيصير مضاربة بالعرض
قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما منه دراهم مسماة من
الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة وان شرط
زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله لفسادها فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع
الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب
المال لانه نما ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يجاوز
بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بينا
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم
المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا
بالصحيحة ولانه عين مستاجر في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده
لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل
الشرط كاشتراط الوضيعة اي الخسران على المضارب قال ولا بد ان يكون
المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم
اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب

الآخر فلا بد أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من
الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل
على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا
يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك
ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد
شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن
عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن
من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال
الصبي مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال وإذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع و
يودع لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة
فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب
أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف
أنه ليس له أن يسافر وعنه عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر
لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده فله أن يسافر إلى بلده
لأنه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب
المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص
عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له
اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه
وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد هو التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو
تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما
الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول

قال فإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوز ذلك
لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفع بضاعة إلى من
يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن
خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم
يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال على حاله مضاربة لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه
واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط
الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج
والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان
وجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا
قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة
واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق
لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا و
كذلك إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن
الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل
به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو
قال على أن يشتري من فلان ويبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة
بخلاف ما إذا قال على أن يشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري من
الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن فائدة
الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء
ذلك قال وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه يتقيد بالزمان فصار كالتوقيت بالنوع
والمكان قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة أو غيرها

لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه
لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شرا ما لا يملك بالقبض كشرا الخمر والشرا بالميتة
بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال فان فعل
صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشرا متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه
كالوكيل بالشرا اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق
عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف
فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود فان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير
مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة فان لم يكن في المال ربح جاز ان
يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد
الشرا عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيا لانه لا صنع له في
زيادة القيمة ولا في ملك الزيادة لان هذا شي يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورث
مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانها احتبست مالية عنده فيسعى فيه كما في
الورثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطيها
فجات بولد قيمته الف فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسماية والمدعي موسر
فان شا رب المال استسعى الغلام في الف وماتين وخمسين وان شا اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكن لم ينفذ لفقد شرط
وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق براس
المال كما ان مال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي راس المال لا يظهر
الربح كذا هاهنا فاذا زادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشا العتق فاذا بطل لعدم
الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث
الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب
عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيا من قيمة الولد لان عتقه ثبت

بالنسب في الملك اخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي عنده م
ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته وله ان يعتق لان المستسعى
كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في الف وماتين وخمسين لان الالف
مستحق براس المال وخمسماية ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار
ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ
لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفا ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون
بينهما وقد تقدم دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها
لعدم الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له
ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا
استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هاهنا
بخلاف ضمان الولد على ما مر والله اعلم باب

المضارب يضارب قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن
له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن
المضارب الاول المال لرب المال قال رحمه الله وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو
ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع
وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده
ابضاع والفعلان يملكهما فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة
في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت
فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة
ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن بنا على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار

يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف م

المضارب

ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما
ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع
الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع
نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان
من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما لو دفع مال
نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه
مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا
لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمن ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب
للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاول يستحقه بملكه
المستند الى اداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال
مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعها الى غيره فدفعها بالثلث وقد تصرف
الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى
الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه
نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد
جعل ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما
ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره
عليه بنصف درهم فان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب
الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه
التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله وقد رزق ثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول
لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له ما ربحت من شيء فبيني وبينك
نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين رب المال والاول نصفان
رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول الا النصف فيكون بينهما

قال له
ولو كان على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان
وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف
ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول
النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن
استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بدرهم وان شرط للمضارب
الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب
الاول للثاني سدس الربح من ماله لانه شرط للمضارب الثاني شيئا هو مستحق
لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون
المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ولانه غره في ضمن العقد
وهو سبب للرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فاستاجر
من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح
ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان
للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا
لا يكون للمولى اخذ ما اودع العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى
من عبده الماذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال
والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال فانه مانع من التسليم على ما مر
واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد
للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو
المولى فلو عقد العبد الماذون له عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على
المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على
العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك ما في يده فكان بمنزلة
الاجنبي على ما عرف والله اعلم **فصل في العزل والقسمة** واذا مات رب المال
والمضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل

الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت
الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحاقه يتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة
لان تصرفه له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها
لان عبارته صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب
المال المضارب ولم يعلم بالعزل حتى باع او اشترى فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بالعزل والمال عروض فله ان يبيعها
ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى
على راس المال وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا اخر لان العزل
انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حين صار نقدا فيعمل العزل فان
عزله وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله
ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس
راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس
راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال
ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون
وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير لان
الربح بمنزلة الاجرة وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع
لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد
له العاقد فلا بد من توكيله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير ويقال له احل
مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من
الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف
الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين

وتوكيله

فان كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح
حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال
لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة
تبين ان ما استوفياه كان من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه
لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس المال فاذا استوفى راس المال فان
فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثم هلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة
الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الاول
كما اذا دفع اليه مالا اخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب
ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا
اذا باع باجل لا يبيع التجار اليه لان له ان يفعل الامر العام المعروف بين الناس
ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله
ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية
المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما
فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع
نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه يملك الاقالة
ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او
الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه
الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع
يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته
التوكيل بالبيع والشرا للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفا واستيفاء والاجارة
والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه
بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود

الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله
او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا
يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه
يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وهو قوله اعمل برايك اذ هو دلالة على ذلك
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو
الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى براس المال سلعة وما
اشبه ذلك ~~وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد المشتري براس~~
لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا بشغل ذمته بالدين
ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه
واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذلك اعطاوها لانه اقراض والعتق
بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والصدقة والهبة لانه تبرع محض
قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة
لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة
والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة فصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب
ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة قال وان دفع شيا من مال المضاربة الى
رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله
تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه وبه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا
ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتدا ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا
للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا
بخلاف شرط العمل عليه في الابتدا لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال
مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال
هاهنا فلو جوزناه يودي الى قلب الموضوع فاذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر
المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته

في المال وان سافر فطعامه وشرابه وركوبه وكسوته ومعناه شرا او كرا ووجه
الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر
ساكن بالسكنى الاصلي فاذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه
وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق الاجرة لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما
المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف
المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي شي في
يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون
السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان
بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه لاجل المضاربة والنفقة
هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه
وفراش ينام عليه وعلف الدابة التي يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالحجاز
وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف
فيما بين التجار واما الدوا ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدخل
في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه ظاهر
الرواية ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدوا بعارض المرض ولهذا كانت
نفقة المراة على الزوج ودواها في مالها قال فاذا ربح اخذ رب المال ما انفق
من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا
يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب
زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى
بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه
استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك
بما زاد الصبغ فيه ولانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ من الثمن وحصة الثوب
الابيض على المضاربة بخلاف القصر والحمل لانه ليس بعين مال قايم به ولهذا اذا فعله

الغاصب ضلع ولا يصح اذا صبغ المغصوب في اذا صار شريكا بالصبغ انتظمه
قوله اعمل برايك لانتظامه للخلطة فلا تضمنه **فصل** وان كان مع الف
بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى هلكت
يغرم رب المال الفا وخمسمائه والمضارب خمسمائه ويكون ربع العبد للمضارب وثلثه
ارباعه على المضاربة قال رحمه الله هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب
اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما بينا فيكون عليه
في الاخرة ووجهه وهو انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائه فاذا اشترى بالالفين
عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا
ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بينا وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال
لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون
عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه
ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة
الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه انما اشتراه بالفين ويظهر ذلك
فيما اذا بيع العبد باربعة الاف يرفع منها ثلثة الاف هي مال المضاربة الفان وخمسمائة
راس المال وخمسمائة ربح لانا قلنا ان ثلثة ارباع العبد باق على المضاربة وحصة كل ربع
الف فربع العبد للمضارب وحصة الف خمسمائة راس المال وخمسمائة ربح قال ولو
كان مع الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة
لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بايعا ملكه بملكه
الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر
اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه
مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر
في البيوع قال وان كان مع الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد
رجلا خطا فثلثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مونة الملك

فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما لانه لما صار المال عينا واحدة ظهر الربح وهو
الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة
اما نصيب المضارب فلما بينا واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء
عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم
لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة فيه الى القسمة ولان
العبد كالزايل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشرا فيكون العبد بينهما ارباعا
لا على المضاربة يخدم رب المال ثلثة ايام والمضارب يوما بخلاف ما تقدم قال ولو كان
مع الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن وراس المال
جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة
ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك
بعد الشرا حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان
كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة و
فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس
الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قايم
على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفا
على ما مر **فصل في الاختلاف** قال واذا كان مع المضارب الفان فقال لرب
المال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول
المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله الربح
لان المضارب يدعي عليه الشركة وهو منكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب
لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او
امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فقال رب المال
شرطت لك ثلث الربح وقال المضارب شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لان
الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل

قبلت بينته لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان
بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو منكر ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة
للمضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع
وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق
والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى
كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد
من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة
امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل
ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الايداع فلو ضمناه
يمتنع الناس عن قبول الودايع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه
ومن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا
استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم
او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف
في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز
غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان
تقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة يخاف الغرق فيلقيها
الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك
ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق

السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها منه صاحبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعدي بالمنع وهذا لانه لما
طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسها عنه قال فان خلطها
المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة
وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان خلط الدراهم البيض بالبيض
والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه
الوصول الى عين حقه صورة ويمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه
دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر
معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا
تصلح موجبة لها ولو ابرا الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط بالابراء وعندهما يسقط خيرة الضمان
فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه يوجب
انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة ومعنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز والقسمة ولو
خلط المايع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى الضمان
القيمة لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا
للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله هو شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب
الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير
مايعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير صنع فهو شريك لصاحبها كما
اذا انشق الكيسان فاختلطا فانه لا يضمنها لعدم الصنع فيه فيشتركان وهذا
بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله وخلط بالباقي ضمن
الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال

وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو
عبدا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي وردها إلى يده زال
الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين
صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باق لإطلاقه
وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما
إذا استؤجر للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعض الشهر ثم حفظ في الباقي فحصل
الرد إلى نائب المالك قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأنه لما
طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها
فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع
من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد
المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع
كالوكيل على عزل نفسه بحضرة الموكل فإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم
يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ولو جحدها عند
غير مالكها لم يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لأن الجحود عند غيره من باب
الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر
منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته قال وللمودع أن
يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس
له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين
ولأبي حنيفة رحمه الله إطلاق الأمر ولأن المفازة محل للحفظ إذا كان الطريق
آمنا ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد
فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رحمه الله
يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ
بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد

كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ
بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وإذا نهاه المودع
أن يخرج بها فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد فإن الحفظ في المصر
أبلغ فكان صحيحا قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما
وطلب نصيبه لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع
إليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة أودعوا عند رجل ألفا فغاب اثنان فليس
للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له أن يأخذ نصيبه والخلاف في المكيل والموزون
وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه
كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف
ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة رحمه الله
أنه يطالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز
المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة
ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه
بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته
أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه
ألف لغيره فلغريمه أن يأخذها إذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفعها إليه قال
وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز لأحدهما أن يدفعه إلى الآخر
ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظ
أحدهما بإذن الآخر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك الجواب في المرتهنين و
الوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في
الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه
كما إذا كان مما لا يقسم وله أنه رضي بحفظهما فلم يرض بحفظ أحدهما لأن الفعل
متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم

الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع
مودع عنده لا يضمن بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع
على اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما
في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا يسلمها الى زوجتك
فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله
فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه ان يدفعها
الى غلامه وكما اذا كانت الوديعة شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع
الى امراته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان
مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن
على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها
في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان
البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان
الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين
البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن
الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها
آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله وان ضمن الاول لم يرجع على الآخر
وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من
يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول
متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على
الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم
فيضمن بذلك واما الثاني مستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه فصار

٦٥

كالريح اذا القته في حجره ثوب غيره قال وان كان في يده الف فادعاها رجلان
كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف لهما وعليه الف
اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمال الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير
الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبيهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما
يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعطي للثاني يقضي له لوجود
الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء
فجاز ان يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي
بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة
ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما بنكوله الاخر فيغرمه
فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني لانه تقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل
حق الثاني وذكر الخصاف رحمه الله انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسألة في
العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول
ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد
بعدما صار للاول وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا
وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله
بناء ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له
فهذه فرعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

قال العارية جايزة لانها نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم ادرعا
من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هي اباحة
الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة
ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره
ونحن نقول ان العارية تنبي عن التمليك فان العارية ماخوذة من العرية وهي
العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك
نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظ الاباحة استعير للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد
بلفظ الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا
تكون ضايرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة و
النهي منع عن التحصيل فلا تحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة
الضرر على ما نذكره ان شا الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح
فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على
هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانه لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل ذلك
على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه
وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها
له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل
عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام
المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب
حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال
والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن
لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة
الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض

على سوم الشرا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع
بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن
وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما
وجب الرد مونة كنفقة العين المستعارة فانها على المستعير لا
لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرا مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد
له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره
فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشي لا يتضمن ما فوقه
ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي
وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة
فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء
المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير
لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع
على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا
علم قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا والمباح له لا يملك الاباحة وهذا
لان المنافع غير قابلة للتمليك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هاهنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما
ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك
في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف
باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال
غيره قال رحمه الله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة ثم هي على اربعة
اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير ان ينتفع به
اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا باطلاق اللفظ والثاني ان تكون مقيدة

فيها وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدا في حق الوقت مطلقا في حق الانتفاع والرابع على عكسه وليس له ان يتجاوز ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعل ذلك ضمن لانه تعين للاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او استعار سيفا محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقته والظاهر هو الوفاء بالوعد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير

منفعة

ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل فلو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون على المستاجر مؤنة رده قال واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها لم يضمن لو هلكت وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى المالك بل ضيعها وجه الاستحسان انه وجد التسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط ولو استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب والوديعة ولم يسلمه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لم يرض المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في عياله لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يرده الا الى المعير لعدم العرف في مثله قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بمن في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به

معنا

دون الرد

فهلكت

جنبا

الى دار المالك

الا ترى انه لو ردّه اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على
الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه
احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع
قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملك لانه دون الاعارة واولوا هذه
المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب
انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة
موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظ الاطعام
ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه
فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

قال رحمه الله الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى هذا انعقد
الاجماع ويصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد
والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك
رحمه الله يثبت الملك قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا
قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت
ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو
التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على
المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها
الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق
لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول
الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح
بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه
وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف

ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة
لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت
لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا
وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله
اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على
هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام متى اضيف الى
ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث
تكون عارية لان عينها لا تؤكل فيكون المراد اطعام غلتها واما الثاني فلان حرف
اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعد
موته وكذا اذا قال جعلت لك هذه الدار عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو
الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة عرفا يقال حمل الامير فلانا على فرس
ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب تكون هبة لانه يراد
به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه
هبة ولو قال منحتك هذه الجارية تكون عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك سكنى
او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل
تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى
صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة
لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله
هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة
المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك
فيجوز في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكم الهبة وهو
الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا

ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره
اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة و
لهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض
القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مونة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم
يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض
وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص
عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة ضمان القسمة والقرض تبرع من وجه
وعقد من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان
القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدور على نفس
الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه
جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ومن وهب دقيقا في حنطة او دهنا
في سمسم لم يجز فان طحن وسلم لا يجوز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم
ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا
فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في
الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل
بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع قال
واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان
العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع
مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا
وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن
قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا
كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة
في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له

ضمان

٦٩

وكذلك كل من يعوله فان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه
الدائر بين النفع والضرر فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها
وليه له وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية
عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جاز لان لها الولاية
فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية
التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى
انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض
الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله
وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها
اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من
يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة
قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جميعا وهو قبضها
جملة فلا شيوع وان وهب واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله و
قالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع
كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت
فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف
فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف
الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين
احدهما لا يسترد شيئا من الرهن قال وفي الجامع اذا تصدق على محتاجين
بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما
لا يجوز وقالا يجوز للغنيين ايضا لانه جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر
والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة

الصغير

في الحكم وفي الاصل سوى فيهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في
الفصلين لتوقفهما على القبض وجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة
يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه العبد وهما
اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل اراد به الصدقة على
غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها فعن
ابي يوسف روايتان وابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد رحمه الله
والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت
الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص
على الابعاض والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا
رجوع له فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهبه
لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والشيء لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة
الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود من الهبة التعويض
للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد من الحديث
نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا
والمراد بقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهية فلازمة لقوله
عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع
ذكر بعضها فقال الا ان يعوض عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة
متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة
لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب
له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب

فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او يخرج الهبة عن ملك الموهوب
له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه
قال فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او ارا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع منها لان هذه زيادة متصلة
وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا تعد
زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا
يمنع الرجوع في غيرها قال فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي
لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها فله ان يرجع في نصفها لان
له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم
محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصلت وكذا ما وهبه
احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى
هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع
ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب
خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا منها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط
الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه
اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض سقط الرجوع
لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا
استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان
استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال
زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخير ولنا انه يصلح عوضا
للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا انه يتخير لانه ما اسقط
حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض فلم يسلم له فله ان يرده قال
وان وهب دارا فعوضه عن نصفها فله ان يرجع في النصف الذي لم يعوض

او ارا في شيء

اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام ...

لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع في الهبة الا بتراضيهما او بحكم
الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود و
عدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه
قبل القضاء نفذ وان منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده
بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد
طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى
لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا
حق الفسخ فكان الفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف
الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في حق الفسخ
فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق فضمن الموهوب
له لم يرجع على الواهب بشي لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير
عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال
واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل
بالشيوع لانه هبة ابتداء فاذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد
بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي
هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في
العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين
فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى
القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة
لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن
اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل** قال ومن وهب
جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل
الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع

فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم
في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بالشروط الفاسدة ولو اعتق
ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو
دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء
ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شي مشغول
بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على ان يتخذها
ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيا منها او يعوضه
شيا منها فالهبة جايزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد
فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز
العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط
ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات
قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بري
او قال اذا اديت الي النصف فلك النصف او انت بري من النصف الباقي فهو
باطل لان الابرا تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء
واسقاط وهذا لان الدين مال من وجه فمن هذا الوجه كان تمليكا ووصف
من وجه فمن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على
القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها
كالطلاق والعتاق ولا يتعداها قال والعمرى جايزة للمعمر حال حياته
ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه ان يجعل له داره عمره واذا مات ترد عليه
فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جايزة لان
قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام

اجاز العمرى ورد الرقبى لان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك
فاللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل
واذا لم يصح تكون عارية عندهما لان اللفظ يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه
تبرع كالهبة ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بيناه في الهبة قال ولا
رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق
على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا
وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق
بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان
يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه
الروايتين في مسايل القضا ويقال له امسك ما تنفق على نفسك وعيالك
الى ان يكتسب فاذا اكتسب شيا تصدق بمثل ما انفقت وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات الاجارة عقد
على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازها
لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا
يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليها وقد شهدت بصحتها الاثار كقوله
عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر
اجيرا فليعلمه اجره وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة
والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول
ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح
حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في
المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع قال
وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن

المنفعة

المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان
فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي قال والمنافع تارة
تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر
المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه
يجوز طالت المدة ام قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف
لا يجوز المدة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها ولا يجوز اكثر من ثلث سنين وهو
المختار قال وتارة تصير معلومة بالعمل والتسمية كمن استاجر رجلا على صبغ ثوب
او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة معلومة سماها
لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياط والقدر المحمول وجنسه
والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا
على العمل كاستيجار الخياط والقصار فلا بد وان يكون معلوما وذلك في الاجير المشترك
وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الواحد فلا بد من بيان الوقت قال وتارة
تصير معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل له الطعام
الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة
فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تستحق بنفس العقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل
او بالتعجيل من غير شرط او باستيفا المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك
بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت
الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المنافع
على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب
المنفعة التراخي في بدل الاجر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية
وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله قال واذا

قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور
فاقمنا تسليم المحل مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به قال فان غصبها غاصب
من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من
الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد
الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها قال ومن استاجر دارا
فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق
بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذا اجارة الاراضي لما بينا قال ومن استاجر بعيرا الى
مكة فللجمال ان يطالبه باجر كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله
يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله
لان المعقود عليه الجملة ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي الاستحقاق
الاجر ساعة فساعة ليتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يودي الى ان لا
يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والصباغ ان يطالب
بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا
اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر حتى يفرغ لما بينا قال الا ان يشترط
التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا
من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج
فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم وان
اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته فلا ضمان عليه
لانه لم يوجد منه الجناية قال رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده
وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة
التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له
طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف قال ومن استاجر رجلا ليضرب له
لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يستحقها حتى

يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يومن الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من
التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة
ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زايد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج
بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير
منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
له ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قايم بالثوب فله حق
الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع فلو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه
قبل التسليم وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء معمولا وله الاجر وسنبينه من بعد ان
شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين لاستيفاء
الاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قايم في العين فلا يتصور
حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث
يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد
احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه قول علمائنا الثلثة وقال
زفر رحمه الله ليس له حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن
هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا
البايع قال فاذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان
المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له
العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة
بغيره بمنزلة ايفاء الدين فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة ويأتي
بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى
بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين قال

وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد
الكتاب فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر
في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل
به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب
لانه هو المقصود او وسيلته وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه
فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في
ذلك المكان وعاد يستحق الاجر في الذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض قال وان
استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجده ميتا فرده فلا اجر له في
قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب
على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل
المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء
للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا فيتقيد لانه يوهن البناء
العقد بما وراءها دلالة قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة
معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع
الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش الصغير والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر
الحقوق وقد مر في البيوع قال ولا يصح العقد حتى يبين ما يزرع فيها لانها قد
تستاجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة
او يقول على ان ازرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية
الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او يغرس فيها نخلا او شجرا لانها
منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويردها

فارغة

فارغة لانه لا نهاية لذلك فكان في ابقائهما اضرارا بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت
المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمن الادراك لان له نهاية معلومة فامكن
رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويملكه
وهذا اذا رضي صاحب الغرس والشجر والبناء الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ
يتملكهما بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض
لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي
الارض رطبة فانها تقلع لان الرطبة لا نهاية لها فاشبهت الشجر قال ويجوز استيجار
الدواب للركوب والحمل لانها منفعة مقصودة معلومة معهودة فان اطلق الركوب
جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا فليس له
ان يركب بعد ذلك غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب
فصار كانه نص عليه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فهو كما قلنا لاطلاق
اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان
فالبسه غيره او اركبها غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب
واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا
فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن
غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما
ذكرنا قال وان سمى قدرا ونوعا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة
حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من
الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه قال وان استاجرها ليحمل عليها قطنا
سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع
في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استاجرها ليركب
عليها فاردف معه اخر فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة ربما

بعنفها الراكب الخفيف ويخف عليها الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون
فلا يعرف بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات قال وان استاجرها
ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه ضمن ما زاد الثقل لانه عطب بما هو
ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه
مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن في ذلك اصلا لخروجه عن العادة
قال فان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمنها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد
فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة
اذ يتحقق السوق بدونه وانما هو للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق
وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت
فهو ضامن وكذلك العارية قلت تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا
لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا
استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل
الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر
بالحفظ بعد العود الى الوفاق ماذونا فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي
الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع
الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود وهذا اصح قال ومن اكترى حمارا
بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان
يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه
في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من
جهته فصار مخالفا قال وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله ضمن لما بينا في السرج وهذا
اولى وان كان يوكف بمثله ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج

في الوزن فانه يضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى
اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه
للحمل والسرج للركوب وايضا احدهما ينبسط على ظهر الدابة ما لا ينبسط الاخر
فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة قال وان استاجر حمالا
ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا
ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك
التقييد غير مفيد اما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد
الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا
لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف
معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت
بين البر والبحر قال فان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
معنى قال ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها
لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى
سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر عليه لانه غاصب لها فيما قررناه
قال ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب
وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي
هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان
في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص
وجه ظاهر الرواية انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص
فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل
لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة
على ما نبينه في بابه ان شاء الله ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار
للتفاوت في المقصود والاصح انه يخير لاتحاد اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست

قوله وينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد الخ

قوله لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء الخ

من شبه فضرب كوزا فانه يخير كذا هاهنا والله اعلم بالصواب

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ قال والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الضرورة ولا ضرورة في الفاسد لانه تبع للصحيح والضرورة في الاصل دون التبع فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنها والا فلا

قال ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ان ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه فاذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رحمهم الله وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يسم قسط كل يوم ويعتبر ابتداء المدة مما سمى فان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف

الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله الاول بالايام وبقية الشهور بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول وله انه متى تم الاول بالايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي عن النبي عليه السلام انه احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجرة معلومة فيكون جايزا كما في ساير الاجارات قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذلك الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير فعله لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فعله فيجوز ولنا قوله عليه السلام تعلموا القران ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن العاص وان اتخذت موذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا ساير الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جايزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشترك من غير الشريك

لهما ان المشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية جعلت تسليما لوقوعها تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل كان جاريا به في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن مستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تستحق تبعا له ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله واذا ثبت ما ذكرنا يستحق الاجرة اذا كانت معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة جارية بالتوسعة على المراضع شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وذرعها واجلها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى

تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يجعل الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه قال فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر العرف فيما لا نص فيه فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد رحمه الله من ان الدهن والريحان على الظئر فهو من عادة اهل الكوفة قال فان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لانه اختلف العمل قال ومن دفع غزلا الى حائك لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما عليه بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فصار في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر اصلا لان الاجير ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل له طعاما

مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق
تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة
فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا
اشتركا في الاحتطاب فانه لا اصطياد حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله
لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه
العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاجارة
هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد
فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة
معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في
الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح
الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف
قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يزرعها ويكربها
او يسقيها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي
والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات
العقد فذكره لا يوجب الفساد قال فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او
يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر
الارض يصير مستاجرا منافع المستاجر على وجه يبقى بعد انقضاء المدة فيصير
صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا
شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض بالكراب
الريع مرة والمدة سنة وان كانت ثلث سنين لا يبقى لتثنية منفعة وليس المراد
بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه
يبقى منفعته في العام القابل قال ولو استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى

فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى
واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى
جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا فصار بمنزلة بيع القوهي بالقوهي نسيئة اشار الى هذا محمد
ولان الاجارات جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف
ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر
احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر
له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز
عنده وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها
الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل
لا وجود له لان الحمل فعل حسي وذلك لا يتصور في الشائع بخلاف البيع
لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من
جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف
الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون
وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه
وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع قال ومن استاجر ارضا ولم يذكر
انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة
وغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها غيره
فلم يكن المعقود عليه معلوما ولو زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا
كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل
مضيه والخيار الزائد في المدة قال ومن استاجر حمارا الى بغداد ولم يسم

بدرهم

نوب ثوب قوهي منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس ناحية [illegible]

ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة
امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر
المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي
المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد اذ الفساد قايم
بعد والله اعلم

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل
او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه
يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن عند ابي حنيفة
وهو قول زفر رحمهما الله ويضمن عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب
والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان
الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك
بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديع
اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب
لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض
حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا
لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله
الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر
قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه
السليم والمعيب فصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت
الاذن ما هو الداخل تحت العقد وذلك هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى

الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم
يكن ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع
عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده به بخلاف اجير الوحد
على ما نذكره ان شاء الله تعالى والانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه
قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق منهم في السفينة او سقط عن الدابة
وان كان بسوقه وبقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما
يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة قال
وان استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء
ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه في المكان الذي
انكسر فيه واعطاه الاجر بحسابه اما قيمته الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار
او بانقطاع الحبل كل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق
والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وفيه وجه اخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل
الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفاه وفي الوجه
الاول لا اجر له اصلا لانه ما استوفى شيئا اصلا قال واذا فصد الفصاد
او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك
وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر
مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه
التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا
يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب
ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي
يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة
او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغير المستاجر

لان المنافع في المدة صارت مستحقة له والاجرة مقابلة بالمنافع ولهذا يبقى الاجر
مستحقا وان نقص العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا
ما تلف بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال
الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبة فيوخذ فيه بالقياس
واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه
صح ويصير نائبا منابه وصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه ولهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين
جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته
بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين
بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة فكذا اذا
خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط
بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشيا وان خيره بين اربعة اشيا لم يجز والمعتبر
في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في
البيع وفي الاجارة لا يشترط لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود
عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع
المنازعة الا باثبات الخيار وان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا
فبنصف درهم فان خاط اليوم فله درهم وان خاط غدا فله اجر مثله عند
ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف
درهم ولا يزاد على درهم وقالا الشرطان جايزان وقال زفر رحمه الله الشرطان
فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر في مقابلتها بدلين على البدل فيكون
مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم

تسميتان

تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان
ولان التعجيل والتاخير مقصودان فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح
ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد
لاجتماع الوقت والعمل فاذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح
الاول ويجب المسمى في اليوم الاول ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف
درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص
من نصف لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر
التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاط في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند
ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه لم يرض بالتاخير الى الغد فالزيادة على ما
بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته
حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا رحمهما الله الاجارة فاسدة وكذا لو استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم
وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جايز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استاجر
دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جايز ويحتمل
الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبدرهم وان حمل
كر حنطة فبدرهمين فهو جايز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه
قولهما ان المعقود عليه والمعقود به احد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب
الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع
الجهالة اما في هذه المسايل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف
هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين
فيصح كما في الخياطة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه
الحداد الا ترى ان ذلك لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع
وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان من خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل وفي القياس لا يجوز لانعدام العقد من المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه قال ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قايما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر وان استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جايز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة وينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة قال ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبض في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المواجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيرجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه اصله

الاختلاف

الاختلاف في جريان ماء الطاحون وانقطاعه والله اعلم

باب الاختلاف

واذا اختلف الخياط وصاحب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني ان اصبغه اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اعترف به لزمه قال فاذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ ويضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع بل باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجرة جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر يصلح للدفع والحاجة الى الالزام والاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المواجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت

الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة
لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع
قبل القبض وكذلك موت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال لا ينفسخ الاجارة
لان المنافع فائتة على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد رحمه الله
ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم
ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من
الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد
عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او
الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة لانها تنتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز
قال وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف
لانعدام ما ذكرناه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي
لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه
ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد
معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع
دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا
خيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فكذا
~~خيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة~~ فيشترط
فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة
قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يفسخ الا
بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد فاشبه البيع ولنا ان
المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض
في المبيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في المعقود عليه
الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وصار هذا كمن

استاجر

استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ
له طعاما للوليمة فاختلعت منه يفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر
زائد لم يستحق عليه بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيها فذهب
ماله وكذا من اجر دارا او دكانا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها
الا من ثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب
العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لما انه قد لا يصدق
على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء
القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير
وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى
قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر
فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام
القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور
العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر قال
ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على
موجبه يلزمه ضرر زائد لانه ربما يريد ان يذهب للحج فذهب وقته او في طلب
غريمه فحضر او التجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه
ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض الموجر فقعد
فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رحمه الله انه عذر لانه لا يعرى
عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار قال ومن آجر عبدا ثم باعه
فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح
وانه امر زائد قال واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو
عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوت مقصوده وهو راس ماله
وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط

والمقارض فلا يتحقق الافلاس فيه قال وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف
فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل الصرف في ناحية
وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل اخر
حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا
العامل شخصان فامكنهما قال ومن استاجر غلاما ليخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر لانه لا يعرى عن التزام ضرر زايد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر
ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا لو اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر
بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد
غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام المستاجر
الاجر بدون السكنى وذلك ضرر مسايل منثورة قال ومن استاجر ارضا او
استعارها واحرق الحصايد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير
متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البير في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح
هادية ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في
ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف
فهو جايز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل قال ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا
وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي
للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو
معلوم والمحمل تابع له وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المعتاد المتعارف فلا يفضي
الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثار قال فان شاهد الجمال المحمل فهو اجود
لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقيق الرضا قال ومن استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا
من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى
في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد

معتاد

معتاد عند التخصيص كرد الماء فلا مانع من العمل باطلاقه والله اعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب المولى
عبده او امته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله
تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما
هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه
واما الندبية معلقة به والمراد من الخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالناس بعد العتق
فان كان يعلم انه يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله فاما اشتراط
قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام
ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم وما اخترناه
قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان
موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل كما في
البيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي
لا يجوز الكتابة حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية
قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل
الاقدام على العقد عليها فتثبت ولنا ظاهر ما تلونا من النص من غير شرط التنجيم
ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة
عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان
مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة
وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا
كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول و
التصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي
في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا

ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال ومن قال لعبده جعلت
عليك الفا تؤديها الي نجوما اولها نجم كذا وآخرها نجم كذا فاذا اديتها فانت
حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا
اديت الي الفا كل شهر مائة فاذا اديتها فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان
لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا
يكون كتابة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب
عن يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم
مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق مقصود الكتابة وهو اداء البدل قال فيجوز له
البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما
روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق
بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له حق في الذمة من وجه فان اعتقه عتق
بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه مال الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول
العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت
اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى
الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها
او على ولدها لزمته الجناية لما بينا ولو اتلف مالا لها غرمه لان المولى كالاجنبي
في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يكن كذلك لاتلفها المولى فيمتنع حصول الغرض
المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده
على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقهما المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد
واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة
فصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد
لانه موجب القيمة قال واذا ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا

باداء القيمة لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر
لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانها هي البدل معنى وعن ابي حنيفة
انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون تعليق
العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية
ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار
معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط اما الميتة فليست
بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيها فاعتبر معنى الشرط وذلك بالتنصيص
عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته
لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد القيمة كما في البيع الفاسد
اذا تلف المبيع قال ولا ينقص من المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب
رد القيمة عند هلاك المبدل بالغا ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى
ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب
بالغا ما بلغت وفيما اذا كاتب على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن
اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتب على ثوب
حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا
يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره
لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق
بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله من رواية الحسن رحمه الله
انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة
على التسليم موهومة فاشبه الصداق والجواب ان العبرة في المعاوضة لمعقود
عليها والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد مما يحتمل الفسخ
كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح

ليس بشرط فيه فعلى ما هو تابع اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله
انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد
ملك المكاتب وهو المقصود لانه يثبت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا
كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب
تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا ولو ملك المكاتب
تلك العين فعن ابي حنيفة رحمه الله اذا اداها لا يعتق وعلى هذه الرواية لا ينعقد
العقد الا اذا قال له اذا اديتها الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف
انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق
باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة
على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي قال
وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على
قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما
بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى
منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما
يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا ما استثنى منها قال وان كاتبه
على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة معناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع
والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما
اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالفرس والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل
في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله

لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال
بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه
مبني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب
النصراني عبده على خمر او خنزير فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما
والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة
الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع
الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة
تصلح ان يكون بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة
يجبر المولى على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا
على القيمة فافترقا قال فاذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة
فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق
بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام
الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير
حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو
نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة
ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع
التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا
يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى
العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل شرط
الشرط وصح العقد لانه لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة وهذا
لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب

العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه يمكن في البدل وبالنكاح في شرطه لم يتمكن
في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط
الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقاً في حق هذا الشرط والاعتاق
لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك
الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه
ويجوز باذن المولى لان الملك له قال ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان
الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بداً من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً
يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات
التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع ولا يقرض
لانه تبرع وليس من لوازم التجارة والاكتساب فان وهب على عوض لم يصح
لانه تبرع ابتداء قال فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به
المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يصح وهو قول
زفر والشافعي رحمهما الله لان مآل الكتابة العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق
على مال وجه الاستحسان ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة
وكالبيع وقد يكون انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه
والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت
له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له فان ادى الثاني قبل
ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة
فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا
اشترى شيئاً فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل
معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له
لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال فان اعتق عبده على

مالاً او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في
ذمة المفلس فكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه
تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة
لانه اكتساب لانه يستفيد المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق
الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة
والكتابة نظراً ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا
يملك شيئاً من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة العنان
ابو يوسف قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة
وهذا ليس بتجارة واما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه مبادلة
المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا
يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه
دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً
للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر لما كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان
اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يدخل اعتباراً بقرابة الولادة اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في
الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسباً لا ملكاً غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها
حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام
وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وفي الاول بالكتابة وهذا اولى لان العتق
اسرع نفوذاً من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق
لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده لم تدخل في الكتابة ولم يجز له

بيعها ومعناه اذا كان معها ولد اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع
بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها
ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابي
حنيفة رحمه الله ولابي حنيفة ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب
المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان
معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس
ينفيه قال وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري وكان حكمه
كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت
فيها ثبوتا موكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته
من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح
ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة
فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له
المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت الحق وهو الغرور وهذا لانه
ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا
وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر
باجماع الصحابة رضوان الله عليهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك
مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فبقي على الاصل
ولا يلحق به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها
رجل فعليه العقر يوخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يوخذ به حتى
يعتق وكذا الماذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق
المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه

لولا

لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل
الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه عقد الكتابة كالكفالة
قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر
في الكتابة وكذا الماذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا وتارة
يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمان بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق
المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية
عاجل ببدل واجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر
لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
فاذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها ومنافعها
على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان
ماتت هي وتركت مالا يودى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب
الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر لم يلزم
المولى الا ان يدعي لحرمة وطيها عليه ولو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا
الولد لانه مكاتب تبعا فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة
ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال وان كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها
الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقاها
جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط
عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله
لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة
غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت
في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ نظر لها والنظر فيما ذكرنا ولو ادت المكاتبة
قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال واذا كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا
من الحاجة

ذكرنا ولاتنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق فان مات المولى
ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى
في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف
مع ابي حنيفة رحمهما الله في المقدار ومع محمد رحمه الله في نفي الخيار اما الخيار فرع
تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الملك في الرق وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين
معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتقت كلها بعتق بعضها فهي
حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار
فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب
البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث سقط عنها كل بدل
الكتابة فههنا سقط الثلث فسقط ثلث بدل الكتابة وصار كما لو تاخر التدبير عن
الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية
الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا
طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف في مقابلة الواحدة الباقية
لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تلي هذه
لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عند الكتابة في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته
صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها ثم مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار
على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق
بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط مال الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له

بدونه

بدونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضا العبد
والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة
في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز
وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا
لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من
وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح
الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه
فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين فانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل
فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات المولى
ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد
رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا
والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما
اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل لهما ان جميع
المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا
بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا
يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض
داره بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري
اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث
بقدر القيمة لا فيما زاد عليها لما بينا من المعنى وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان
ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا
في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما والله اعلم بالصواب

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف
درهم وادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول

الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت لك الفا فهو حر فكاتبه على هذا يعتق باداه بحكم الشرط فاذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر على العبد في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه غايب فان ادى الشاهد او الغايب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا وفي القياس يصح عن نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه في العقد اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداها وليس عليهم من البدل شي فاذا امكن التصحيح على هذا الوجه ينفرد بها الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا في العقد ولا يكون على الغايب من البدل شي لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص رهنه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشي لما بينا فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشي والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جايز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بيناه في المسئلة الاولى وهي

اولى بذلك من الاجنبي والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين فاذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبه وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفايدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض المال اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض بينهما مشترك فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيب شريكه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه بمنزلة ولد المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قايما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها فاذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقالا هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها

قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير
لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتبة لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري
لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له والثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت
نسب الولد منه ولا يكون حرا [illegible] بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه
جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها
مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة
ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق
التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حق المكاتبة نظر
للمولى ولو كان لا تتضرر المكاتبة بسقوط والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها
بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه لما بينا
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله
يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فتردد بينهما فيجب الاقل لانه
متيقن قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم
يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند
ابي حنيفة فلان بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك
غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب فانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي
ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه
نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد
وهو تملك بالقيمة والولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم
جميعا ووجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر
ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح

وقالا

وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم يزل عن ملكه (قنة) والجواب
فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزي الاعتاق وقد قررنا
ذلك في العتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير نصيب
صاحبه لانه مكاتب قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه
مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين فدبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي
دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق قال وان اعتقه احدهما
ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي العبد او يعتق وهذا عند ابي حنيفة
ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب
الاخر فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق
له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه متجزي عنده ولكن يفسد
به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه
ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم
المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان
لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا
كان للاخر الخيارات الثلث فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق ويسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره
احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف
قيمته قنا لانه صادف التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق
لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان
موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

عنده
قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى واذا عجز المكاتب عن نجم
نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر
عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال
الخصم للدفع والمديون للقضا فلا يزاد عليها فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه
عجزه الحاكم وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في
الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه موجله وحالة الوجوب
بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان
ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن ادا نجم واحد كان عن ادا نجمين
اعجز وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن
راضيا دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الادا فلم يكن تاخيرا والاثار
متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها في الرق
فسقط الاحتجاج قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه في
الرق برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض
العبد فلا بد من القضا بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضا او الرضا كالرد بالعيب
بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان
في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على
مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي
ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق
اولاده وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماونا رحمهم الله وقال
الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت
رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية

بهاء

ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الادا ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشي
يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقا العقد لاحيا الحق بل اولى لان حق المكاتب
اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا
او تستند الحرية باستناد سببها وهو الادا الى ما قبل الموت ويكون ادا خلفه كادائه
وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا
في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان
الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الادا وصار كما لو ترك وفا وان ترك ولدا
مشترى قيل له اما ان تودي الكتابة حالة او ترد رقيقا عند ابي حنيفة اما عندهما يوديها الى
الاجل اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى
اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت
شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد
ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري
الحكم اليه وحين دخل في حكمه سعى في نجومه وان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه
لانه لما حكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه
في الكتابة فيكون هو حرا يرث من حر وكذلك لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد
ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم
بحريته في تلك الحالة قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا ووفاء
بمكاتبته فجنى الولد فقضي بالجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب
لان هذا القضا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل
عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولا الى موالي الاب والقضا بما يقرر حكمه لا يكون
تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضا بعجز
المكاتب لان هذا اختلاف في الولا مقصودا وذلك ينبني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها

على ام ح

اذا فسخ مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام فاذا ثبتت في اتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى مولى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فكان تعجيزا قال وما ادى المكاتب الى مولاه من الصدقات ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح لغني لا يطيب له ولو ملكه يطيب له ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف لان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما شيء من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا المكاتب اذا عتق واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذا اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد فلم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اذا المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق

الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة عنه لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او اداءه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما وعن بنت فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه قال واذا مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد قال ومن ملك ذا رحم

محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق على ملكه
قال وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من
العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا لأنه عتق على
معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه
عملا بما روينا وكذا إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل عند الإعتاق وكذا
إذا ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما إذا
والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين
غير قابل لهذا الولاء مقصودا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال
وإذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لمولى الأم لأنه عتق تبعا
للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى
يعتق مقصودا قال فإن أعتق العبد جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الأم
لأن العتق ههنا في الولد لم يثبت مقصودا بل تبعا بخلاف الأول وهذا لأن الولاء
بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث
ثم النسب إلى الآباء فكذا الولاء والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب
ضرورة فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا
أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق
فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت والطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي
الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة
الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك فاستند إلى حالة النكاح
فكان الولد موجودا عند الإعتاق فيعتق مقصودا وفي الجامع الصغير وإذا
تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم جميعا
لأنهم عتقوا تبعا لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي فألحقوا بموالي الأم ضرورة
كما في ولد الملاعنة على ما ذكرناه فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا

ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وإنما
يثبت للأب مقصورا لأن سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل
عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لأن النسب هناك يثبت مستندا
إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم
بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله
قال رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه
لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى
ولهما أن ولاء العتاق قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب
في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم في
النسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب
العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء
قال رحمه الله والخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا
وفي الجامع الصغير كافر تزوج بمعتقة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت نبطي
أولادا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي أمهم وقال أبو يوسف
موالي أبيهم لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولودين الموالاة
واحد من الموالي العجم وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ
وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الأبوان
معتقين فالنسب إلى قوم الأب لأنهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن
النصرة به أكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة
لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا وأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له
وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له وإن مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته
وورث ابنة حمزة على وجه العصوبة مع قيام وارث وإذا كان عصبة تقدم على
ذوي الأرحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فإن كان للمعتق عصبة من جهة النسب

فهو اولى منه لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام فلم يترك وارثا قالوا
المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فانه آخر العصبة دون ذوي الرحم
قال فان كان للمعتق عصبة من جهة النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من
جهة النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض اما اذا كان فله الباقي بعد
فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسب وبالولاء
الانتصار على ما مر والعصبة ياخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى
دون بناته ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب
من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخر الحديث او جر ولاء
معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب
بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش
وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا
على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلف فيه من يكون
النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب في
العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل
جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها قال ولو ترك المولى ابنا
واولاد ابن آخر معناه ابن ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر
وهذا مروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم
ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره
ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه
للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليست بشيء لما فيها من ابطال حق
بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع

المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين
عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية وردت في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى
العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف
الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال فان كان له وارث فهو اولى منه وان
كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو
الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو الشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبايل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى
ان ينتقل عنه بولايه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم كالوصية وكذا للاعلى ان يتبرا
عن ولايه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل
قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة
العزل الحكمي في الوكالة قال فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول عنه بولايه الى غيره لانه تعلق
به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ماله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول
ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد
قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقايه لا يظهر الادنى والله اعلم

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه عبارة
عن فعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما
يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان
عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة
له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قيل انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
اذ القدرة لم يكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة
المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعل

ليصير محمولاً على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او شرى سلعة
او على ان يقر لرجل بالف او يؤجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او
بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان
من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه
بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد
يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منزلة
يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك
عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز
والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه
واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز وتلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة
وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق
استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات
الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق حق العبد بالبيع الثاني وحقه مقدم لحاجته
اما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رحمه الله
ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري
من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله
باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض
الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع
لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على
البيع لا على التسليم لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك

في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة
دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد
العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه
والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد قال وللمكره ان يضمن المكره
ان شاء لانه بمنزلة الالة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه سلم مال البائع الى المشتري
فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري
بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته
العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده
لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل

واذا اكره
على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره على ذلك بضرب او قيد او حبس لم يحل له الا
ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على
ما اكره عليه وكذا على هذا الميتة والدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما
يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف
على النفس او العضو حتى لو خاف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه
ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل كان اثما لانه لما ابيح له كان
بالامتناع معاونا لغيره على هلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف
انه لا ياثم لانه رخصة اذ المحرم قائم فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة
بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم
اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل
بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال فان اكره على الكفر بالله تعالى او سب
النبي صلى الله عليه وسلم بقيد او ضرب او حبس لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بما يخاف
على نفسه او عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر

في الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه
به ويوري فاذا اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه
حين ابتلي به وقد قال له النبي صلى الله عليه كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان ولان بهذا
الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه
الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على
ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة
ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان
اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان
مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره
لان المكره الة للمكره فيما يصلح الة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره
لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان اثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على الذي اكرهه ان كان عمدا قال رح
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال زفر رح
يجب على المكره وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا
وقد رتب الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط
حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا تمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه
على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في
شهود القصاص ولابي يوسف رحمه الله ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا
الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير الة للمكره فيما يصلح الة له وهو القتل
بان يلقيه عليه ولا يصلح الة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم
كما في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح الشاة المملوكة للغير فانه
ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال فان اكره على

طلاق امراته او عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا وقال الشافعي رح
لا يقع وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح الة
له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على
العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما
ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مواخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر
المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة
لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان
اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها
لان المهر تاكد بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل
الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يوثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل
والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع له على المكره بما لزمه لانه لا مطالب
له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما
الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانه يصح مع الهزل والخلع من جانبه
يمين او طلاق فلا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها
بالالتزام قال وان اكره على الزنا لزمه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه
السلطان وهو قول زفر رحمه الله وقالا لا يلزمه الحد في الوجهين قيل هذا اختلاف عصر
وزمان لان في زمنه لا ولاية الا للسلطان وفي زمنهما لكل متغلب ولاية الاكراه وقد عرف
في موضعه قال واذا اكره على الردة لم تبن امراته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا
ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة
بالشك فان قالت المراة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان
فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي تثبت بتبدل الاعتقاد
ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث

يصير به مسلماً لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى
وهذا بيان الحكم باسلامه واما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو
اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة
للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن
فعلت بانت منه حكماً لا ديانة لانه اقر طائعاً باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا
الطائع ما ذكرنا ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت
ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره وعلى هذا
اذا اكره على الصلاة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت به الصلوة
لله وسب محمد اخر غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب
وسب محمدا صلى الله عليه وسلم وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي صلعم
بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررنا زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله اعلم

كتاب الحجر

قال رحمه الله الاسباب
الموجبة للحجر ثلثة الصغر والجنون والرق فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه
ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير
فلنقصان عقله غير ان اذن الولي دليل اهليته واما العبد فرعاية لحق المولى
كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن
رضي بفوات حقه واما المجنون فلا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال
اما العبد اهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع او اشتراه
من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان
فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي و
المجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد
فينعقد موقوفاً على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح
المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة

فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا
نعم اذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولي اما هاهنا لم نجد نفاذاً لعدم الاهلية
او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون
الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حساً ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهة
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون
قال والصبي والمجنون لا يصح اقرارهما ولا عقودهما لما بينا ولا يقع طلاقهما
ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق
يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا
وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على
اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف ساير العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما
ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي لما
بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق
مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك
اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع
ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على اصل
الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام
لا يملك العبد والمكاتب شيئا غير الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا له
وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله
لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا
يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي

محجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بتصرفه لا على الوجه الذي
يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا يمنع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر
لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه
اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار ادميته والحاقه بالبهائم وهو اشد
ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر
على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع
الضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة
ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع باعطاء
آلة القدرة مرة والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه
في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى
قاض اخر فابطل حجره واطلق عنه الحجر جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا
ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه
فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي لكاجر او الى غيره فقضى
ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك
ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ
خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يسلم اليه ماله
ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي
السفه وصار كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه كان بطريق التاديب
ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن ولا
فايدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع كان باعتبار اثر الصبي وهو في اوايل
البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال لو بلغ رشيدا ثم صار
سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبي ثم لا يتاتى التفريع على قوله انما التفريع

على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفير الفايدة
للحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف
للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع
ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر
القاضي عنده لان الحجر داير بين الضرر والنظر والحجر للنظر له فلا بد من فعل القاضي
وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة
الصبي وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما
وعند الشافعي رحمه الله لا ينفذ عتقه والاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه
الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل لان الهازل يخرج كلامه لا على
نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه
والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عند الشافعي رحمه الله ان الحجر بسبب
السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق
والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه فاذا صح الاعتاق عندهما كان على العبد ان
يسعى في قيمته لان الحجر لاجل النظر وذلك يقتضي رد العتق الا انه متعذر فيجب
رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله لا تجب السعاية لان السعاية
لو وجبت انما تجب حقا للمعتق والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع حقا للمعتق
بل لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه
لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه فاذا مات ولم يونس منه الرشد يسعى
في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما لو اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته
بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك
لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة
ام الولد لا يقدر على بيعها ولو مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ
ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض

اذا ادعى ولد جاريته وهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امراة جاز نكاحها
لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار
مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وقد التزمه بالتسمية
ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت وان طلقها قبل
الدخول وجب لها نصف المهر في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا
اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه
لانها واجبة عليه قال وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي ارحامه
لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي ارحامه واجب عليه حقا للقرابة
والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها
لانه لا بد من نيته لانها عبادة ولكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي
النفقة يدفع الى امينه ليصرفها لانها ليست بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف
ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه
مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب
ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب
الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه
في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها
استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من
القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان
يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها
وهي جزور او بقرة قال فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك
في ثلثه لان ذلك نظر له اذ هي حالة انقطاعه عن ماله والوصية تخلف ثناء او ثوابا
وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق
اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله

يحجر زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية ولا للشهادة
عنده ولنا قوله تعالى فان انستم منهم رشدا الاية وقد انس منه نوع رشد
فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون
واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عليه ايضا عندهما وهو
قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة
قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل في حد البلوغ** قال وبلوغ الغلام
بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة
سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها
سبع عشرة سنة وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله اذا تم للغلام
والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي
وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر ويتم له ثماني عشرة
فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة
اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال
وكذلك الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق
الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم ان العادة العالية
ان البلوغ فيهما لا يتاخر عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده والاشد
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى
الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في
حقهن لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال
واذا راهق الغلام والجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقالا قد بلغنا فالقول
قولهما واحكامهما احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به
ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض والله اعلم

الفاشية صح

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله

لا أحجر في الدين واذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه الحجر عليه لم أحجر عليه
لأن في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فإن كان له مال لم يتصرف
فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه
أبدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر
بالغرماء لأن الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء
لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن
المثل أما البيع بثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال
وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع
مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في
الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين له بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف
ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون
مشروعا قال فإن كان دينه دراهم وله دراهم قضاها القاضي بغير أمره وهذا
بالاجماع لأن للدائن حق الأخذ بغير رضاه فللقاضي أن يعينه وإن كان دينه دراهم
وله دنانير أو على العكس باعها القاضي في دينه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله استحسان
والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا
وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة
فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب
عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق
بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود
ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين
ومراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لأن به الكفاية

وقيل دستان لأنه اذا غسل ثيابه فلا بد له من ملبس قال فإن أقر في حال الحجر
بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من
ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له ولو استفاد
مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال
وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه لأن
حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا
لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة الغرماء قال وإن لم يعرف للمفلس
مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه
بدلا عن مال حصل في يده أو لزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل
بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده إلى أن قال وكذلك إن أقام
البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجود النظرة إلى الميسرة ولو مرض في
الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرج تحرزا عن هلاكه
والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء
الدين بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها فيه حيث لا يمنع لأنه قضاء
احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد
خروجه من السجن يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق
يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه
يقتسمونه بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال
بينه وبين الغرماء إلا أن يقيموا البينة أن له مالا لأن القضاء بالافلاس عندهما يصح
فيثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق
القضاء بالافلاس لأن مال الله تعالى غاد ورائح ولأن وقوف الشهود على عدم المال
لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله إلا أن يقيموا
البينة اشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لأنها أكثر اثباتا إذ الأصل

هو العسف وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور
معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل
يجلس على باب الدار الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق عليه الا ان يعلم القاضي انه يدخل عليه ضرر بين بالملازمة بان لا يمكنه
من دخول داره فانه يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين لرجل على امراة لا
يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امراة امينة تلازمها قال ومن افلس
وعنده متاع لرجل ابتاعه منه بعينه فصاحب المتاع اسوة الغرماء فيه وقال الشافعي
يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء
الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين
وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة
اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا
في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطيت العين حكم الدين ○

كتاب المأذون

الاذن الاعلام (لغة) وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره
عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه
وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه
من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا
ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة
كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا للشافعي
وزفر رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه

بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من يراه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم
يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن
المولى لعبده اذنا عاما جاز تصرفه في ساير التجارات ومعنى هذه المسالة ان يقول (في التجارة)
له اذنت لك في التجارة فلا يقيده بشيء ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول
الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او
اشترى بالغبن اليسير فهو جايز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة
خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالغبن الفاحش بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض
من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار
كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابا في مرض موته يعتبر من جميع المال
اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث
لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع
المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان
يوكل بالبيع والشرا لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع
التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت
لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري
طعاما ويزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه
وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها ايضا لانه من عادة
التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول لا يملك العقد
على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك العقد
عليها والتصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن
لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر بها ويحصل بها المقصود
وهو الربح فيملكها قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون له في جميعها
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا

للخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه
يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص
بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك
تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال
غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له
ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان
اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة
او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف
ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال
ولا يحصله الا بالتكسب وقال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له
منه وهو نوع فيصير ماذونا له في الانواع قال واقرار الماذون له بالديون
والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار بها من توابع التجارة اذ لو لم يصح الاقرار
لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان
الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب
من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور عليه في حقه وليس له ان يتزوج لانه ليس
بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه تحصيل
المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا
لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون له والمضارب والشريك
شركة العنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال
بالمال والبدل في الكتابة مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى
ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى
لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا

يتصدق

يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة
قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات
التجارة استجلابا لقلوب المعاملين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف
يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى
قوت يومه فدعا بعض رفقائه الى ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه
قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق
من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع في العادة
قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط
انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام
العقد وليس ذلك من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها
على ما بيناه وله ان يوجل دينا قد وجب له لانه من عادات التجار قال وديونه
متعلقة برقبته يباع فيها للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن
لا تفويت ما قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل منه شيء عن الدين
يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية
لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق وجوبه
برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع بينهما دفع الضرر عن الناس من فوات
الحقوق وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء
حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول
المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدا بالكسب
في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة
وقوله في الكتاب وديونه متعلقة برقبته المراد الدين الذي وجب وما هو في معناها
كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا

جحودها وما يجب من العقر بوطي المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى
الشرا فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار
كتعلقها بالتركة فان فضل شي من ديونه طولب بها بعد الحرية لتقرر الدين في
ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا
للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق
بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا
يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة
مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل
يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال فان حجر عليه لم ينحجر
حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس لتاخير حقهم الى ما بعد
العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر
اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو
بايعوه جاز ولو بايعه الذي علم بحجره لم يصح ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اهل
سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل
كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم العبد بالحجر
كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به اذا لم يعلم حيث يلزمه قضاء الدين من
خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن
شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال فان مات
المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون له محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون
لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن
في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم
ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله
يبقى ماذونا له لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب

صح

ولنا

١٠٣

ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من قضاء دينه
بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا يعتبر مع وجود التصريح بخلافها
وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت الماذونة
من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء
لنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء
لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق
به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت
الماذونة اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذونة لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ
العادة لم تجر بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها
لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال
عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر
بدين عليه فيقضي مما في يده وقالا لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان
الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة وصار
كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح
اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون له
فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته
واقراره دليل تحقق الحاجة بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى
ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير
رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما
ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون
تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ويعتق ما اعتقه وعليه قيمته لانه وجد
سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك المولى اعتاقه ووطي الجارية الماذون
لها وهذه اية الملك بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر

في حق صح

وان اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك المولى ما في يده صح

فيضره عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وانه في ملك
المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه و
المحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق
فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرما لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا
نفذ عتقه بالاجماع اما عندهما فظاهر وكذا عنده انه لا يعرى عن قليل فلو جعل مانعا
لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث
والمستغرق يمنعه قال واذا باع من المولى شيا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابا اجنبيا عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة في حقه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص
باداء قيمته اما حق الغرما تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شا نقض وعلى المذهبين
اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجهه ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرما وبهذا
يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا
يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان اليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله
تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي
لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالمحاباة الكثيرة حيث لا يجوز عندهما من المولى
يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من المأذون له عندهما الا باذن المولى
ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرما
وهذا الفرق على اصلهما قال وان باعه المولى شيا بمثل قيمته او اقل جاز البيع
لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد
لانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن
وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلمه اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين

من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه لبقي في الدين ولا يستوجب المولى دينا على عبده
بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال
وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البايع له حق الحبس ولهذا كان اخص
به من الغرما وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته
يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرما
قال واذا اعتق المولى المأذون له وعليه ديون نفذ عتقه لان ملكه فيه باق والمولى
ضامن قيمته للغرما لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون
يطالب به المعتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا قدر ما اتلف فبقي الباقي عليه كما
كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام
الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرما لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع
فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيا قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه
المشتري وغيبه فان شاء الغرما ضمنوا البايع قيمته وان شاء ضمنوا المشتري لان
العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم لان البايع متلف
بالبيع والتسليم والمشتري متلف بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاوا
اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في
المرهون قال فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولى بعيب فله ان يرجع بالقيمة
ويكون حق الغرما في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب
اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة
كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرما ان يردوا البيع
لتعلق حقهم وهو حق الاستيفاء والاستسعاء من رقبته وفي كل منهما فايدة
فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة ولهذا كان لهم
ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس
لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم

ويبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى
دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف رحمه الله انه يدعي الملك
لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد
قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان
فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة لانه اخبر بالاذن والاخبار يصلح دليلا
عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره
والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه
لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى
بخلاف الكسب لانه خالص للعبد على ما بيناه فان حضر وقال هو ماذون له بيع
في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك
بالاصل **فصل** واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو كالعبد
الماذون في البيع والشرا اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي
لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقايه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك
حجره فلا يكون وليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة
لانها لا تقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى التنفيذ منه
اما البيع والشرا فيتولاهما الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر
من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات
والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا اليه باذن الولي وبقا
ولايته لنظر الصبي في استيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف
الطلاق والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له والنافع المحض يؤهل له قبل
الاذن كقبول الهبة والصدقة والبيع والشرا داير بين النفع والضرر فيجعل اهلا
له

والوصي والقاضي والوالي صح

له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة المولي لاحتمال وقوعه
نفعا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه
والوالي بخلاف صاحب الشرطة لانه ليس اليه تقليد القضا والشرط ان يعقل
كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون له يفيد ان ما يثبت
في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون له يتصرف
باهليته نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير
ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا الموروثة
في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا الكتابة كما في
العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشرا بمنزلة الصبي يصير ماذونا له باذن
الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام
العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه
المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا
اثم لان الخطا موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك
في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا
لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال
فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف
انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو
الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع

فيعتبر القيمة يوم الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع
ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته
يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد
فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات
المتفاوتة لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر
بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت
وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة
معناه ما دامت قائمة لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده وقال عليه السلام لا يحل
لاحد ان ياخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود
وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة
ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي
غصبه فيه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم
انها لو كانت باقية لاظهرها ثم يقضي عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك
بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس
وعليه ثمن متاع فانه يحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده
فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته
يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل قال فان غصب عقارا فهلك في يده
لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول
ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد
المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان
وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب
اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك

لا

لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص بفعله وسكناه
ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين
ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها و
اقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال
وان انتقصت بالزراعة يضمن النقصان لانه اتلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل قال رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى قال واذا هلك النقلي
في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب
والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخلت في ضمانه بالغصب
السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب
ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل بجميع
اجزائه في ضمانه فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد
في مكان الغصب لانه عبارة عن قلة الرغبات دون فوت الاجزاء وبخلاف
المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فانه قبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد
على ما عرف قال رحمه الله ومراده غير الربوي اما الربوي لا يمكنه تضمين
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا قال ومن غصب عبدا فاستغله
فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة وهذا عندهما ايضا
وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير المستعار ولابي يوسف
انه حصل في ضمانه وملكه والضمان ظاهر وكذلك الملك لان المضمونات تملك
باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في
ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل

والملك المستند ناقص فلا يتعدم به الخبث فان هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه
له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه
يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري
ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان
لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه
فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا
شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين
ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما
واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب
له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلايل واجوبتها في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف
في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين فقوله
في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا
ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد
التعيين لابد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب
له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في
الجامعين والمضاربة وان اشترى بالالفين جارية تساوي الفين فوهبها او
طعاما فاكله لم يتصدق بشيء في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد
الجنس **فصل فيما يتغير بعمل الغاصب** قال واذا تغيرت العين المغصوبة
بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وهذا كمن
غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه

سيفا

سيفا او صفرا فاتخذه انية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا
ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ
الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله
يضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه ولكنه يباع في دينه وهو
احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله ان العين باق فيبقى على
ملكه ويتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح بالحنطة والقتها في طاحونة فطحن
فطحنها ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف
فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها
واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا
ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المنافع والمقاصد وحقه في الصنعة قائم من
كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث
انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان الاسم باق بعد الذبح
والسلخ وهذا الوجه يشمل على الوجوه المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه
وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون
له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن ابي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه
ابو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو باعه او وهبه
جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا
صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع
للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما
لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد
واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار مستوفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا
اذا ابراه لسقوط حقه وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة

فعن سها غير ان عند ابي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة اذا زرعها
لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال فان غصب ذهبا او
فضة فضربها دراهم او دنانير او انية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله
فياخذها ولا شي للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة
متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه لو كسره وفات بعض المقاصد
والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله
ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه باعتباره صح
موزونا وانه باق فلهذا يجري فيه الربا وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة
دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه
اخر لنا وهو ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف
وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة وصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب
بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في السفينة ثم قال الكرخي
والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء
اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك
وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها
اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر
الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر
والنسل وبقا بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة
غير الماكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها كان للمالك ان يضمنه جميع قيمتها
لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث ياخذه مع

ارش اليد المقطوعة لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق
ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين باق من كل وجه وانما
دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا ابطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه
جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فصار كما اذا احرقه قال رحمه الله معناه من حيث ان العين باق ح
ترك الثوب عليه وان شاء اخذه وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه والعين قايم
وكذا بعض المنافع قايم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل عامة المنافع
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان
محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفايت به بعض
المنافع قال ومن غصب ارضا فبنى فيها او غرس قيل له اقلع البنا والغرس
وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان حق مالك الارض باق لان الارض
لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل للارض
بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه قال فان كانت الارض تنقص بقلع
ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما
ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة البناء او الشجر يؤمر
بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبنا وتقوم بها الشجر
او البناء لصاحب الارض ان يامر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب
ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب
ابيض ومثل السويق وسلمهما الى الغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد السمن
والصبغ فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن بخلاف السمن
في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيما ذكرنا رعاية الجانبين والخيرة
لصاحب الثوب لانه صاحب الاصل بخلاف الساجة بنى عليها لان النقض له بعد النقض

اما الصبغ فيتلاشى وينعدم وبخلاف ما اذا هبت الريح فالقته في صبغ انسان لانه
لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الصبغ الاصل الصبغ قال
ابو عصمة رحمه الله في اصل المسألة ان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب
الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة عند امتناعه فتعين رعاية
للحقين في البيع ويتاتى هذا بما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق
غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن بقيمته
وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان قيمة السويق تتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل
المراد بالمثل سماه لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة قيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان
ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف
في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين فتراجعت قيمته
بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة
خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل
بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير
قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضا لكن البيع بعده يصادف القن قال
والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول
قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبت الزيادة بالحجة الملزمة
قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها
او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهي للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل
به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنها بقول الغاصب مع يمينه
فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا

المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما
ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح
خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار
لفوات الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان
اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا
يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لثبوت البيع دون العتق كملك
المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب
ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعه ذلك وقال الشافعي
زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو وضع اليد على
مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه
ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك
ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ
الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في
الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن
ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود
المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق
الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان
يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما
نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر
النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر
النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا
هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وفي الولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره
او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه حرفة ولنا ان سبب الزيادة

والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا
يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها
ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده ثم اخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن
نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة
ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه
لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخلع لا يعد زيادة لانه عرض بعض
الفسخ ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع
والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال
ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها وقد حبلت فماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم
علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة
ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا
يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده فردها
فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع فولدت عند المشتري
وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد
فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم
يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت
بها بان كانت الجناية خطا يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة
لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشرا
ابتداء الواجب التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مولم
لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن
الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال
الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا
عطلها او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها

اداء

لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقد فكذا بالغصب
ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه وهي لم تكن حادثة
في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والانسان لا يضمن ملكه
كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان
لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرف هذا المأخذ في المختلف ولا نسلم انها
متقومة في ذواتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد الا ان ما انتقص باستعماله
مضمون عليه لاستهلاكه بعض العين

ولم يوجد العقد

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم
لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا
اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق
المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال
متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا و
الخنزير لهم كالشاة ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر
الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال متقوم مملوك فيضمن بخلاف
الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان
كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا
جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا
بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما
ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا
كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او
جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويعطي
ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل
ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك

قيمتهما

والفرق ان هذا الفعل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا
تثبت المالية به بخلاف الدباغ لانه اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في
الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ
فيه وبيانه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل
ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال فان
استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله
يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع
اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان
الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه
وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطي ما زاد الدباغ فيه كما اذا
غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه لانه
واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك
بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده
يطرح عنه ذلك القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في اخذه منه ثم في الرد
عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقوم لاستعماله مالا
متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا
له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنع غير مضمون عليه فكذلك
التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك
والجلد غير تابع للصنع في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي
والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنع ولو
كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له
ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة
وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك

وهو على هذا الخلاف كما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا
قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه
الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو
الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة
للجلد فلا ينفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذلك صفته ولو خلل الخمر بالقاء قالوا
الملح فيه قيل عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما ياخذه
المالك ويعطي ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هاهنا ان يعطيه مثل وزن
الملح من الخل واذا اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو
استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو
خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رحمه الله انه صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان
بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير
وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب في الوجهين
ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك
نفسه وعند محمد رحمه الله لا يضمن في الاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن
في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه
ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا
في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقاويل المشايخ وقد اثبتناها في كفاية
المنتهى قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اهراق له سكرا
او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما
طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس بالاتلاف يضمن من غير خلاف

وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا استد
والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن
ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشيا اعدت
للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع
فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال لصلاحيتها
لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان
الفساد يحصل بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين
مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان
الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح
والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه
الاشياء كذلك هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما دون المثل لان المسلم ممنوع
عن تمليك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث
يضمن قيمته صليبا لانه يقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده
ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما
لان مالية المدبرة متقومة ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة
والدلايل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى عقار
الشفيع قال رحمه الله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق
المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من
هولاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ويروى
جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدا
وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى

الجار

الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله عليه السلام الشفعة فيما
لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول
به عن سنن القياس لما فيه من تملك مال الغير عليه بغير رضاه وقد ورد الشرع به
فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا
ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند
وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة
انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضارة على ما عرف وقطع هذه
المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة ابائه اقوى وضرر
القسمة مشروع فلا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره اما الترتيب فلقوله عليه السلام
الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك هو من له شركة في نفس
المبيع والخليط في حق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع
اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح
يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال
وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه
مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا
من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه
في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة
لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به وجه ظاهر الرواية ان السبب تقرر في حق
الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض
والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها
وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن
ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او
الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب

للخاص ان يكون نهراً لا يجري فيه السفن وما يجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهراً يسقى منه قراحان او
ثلثة فان كان اكثر من ذلك فهو عام وان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير
نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل
العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي
ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهراً اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال
ولا يكون الرجل بالجذوع على حائط الدار شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة
هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يكون شريكاً في الدار الا انه جار ملاصق
قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع
الشفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم ولا يعتبر في ذلك اختلاف الاملاك وقال
الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الاملاك الا ترى
انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم
استووا في سبب الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة
وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة
في الدليل لا بكثرته ولا قوة هاهنا لظهور الاخرى في مقابلتها وتملك ملك غيره لا
يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي
للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد
منهم وقد انقطعت المزاحمة ولو كان البعض غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم
لان الغائب لعله لو حضر لا يطلب فان قضي لحاضر بالكل ثم حضر آخر يقضى
له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم تحقيقاً للتسوية فلو
سلم الحاضر بعدما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي
بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بينا

بينهم صح

وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق صح

والوجه فيه وهو ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع
يعرّف ذلك ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر
البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من
طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب
ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم
لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي
كما في الرجوع في الهبة ويظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او
باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم
الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى ويبطل شفعته في
الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان
انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب
على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب
بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب
والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت الشفعة وعلى هذا
عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والروايتان
في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي رحمه الله لانه لما ثبت له خيار التملك فلا بد من زمان
التامل فيعتبر المجلس في ذلك كما في المخيرة ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله
او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد
على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث افتتاح كلامه
فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من اشتراها وبكم بيعت لانه يرغب

فهما بثمن دون ثمن ورغب في مجاورة شخص دون شخص والمراد بقوله في الكتاب
اشهد في مجلسه ذلك بالمطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي
التجاحد والتقييد في المجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رحمه الله ويصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او انا طالبها او انا اطلبها
لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يلزمه الاشهاد حتى يخبره رجلان
او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجب عليه اذا اخبره
واحد حرا كان او عبدا رجلا كان او امرأة اذا كان الخبر صدقا واصل الاختلاف
في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلايله واخواتها فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت
عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة
غير معتبرة في الخصم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند
القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم
بالشرا فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب
ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم
الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا
لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد
عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه
من ان يكون خصما لانه لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان
يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وانا
الان اطلبها فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك
وسنذكره من بعد ان شاء الله قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد ان تركها بعد الاشهاد شهرا بطلت وهو قول
زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس

من مجالس القاضي بطلت شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه
اختيارا دل على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم تسقط بتاخير
الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة
الشفيع فقدرناه بشهر لانه اجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه
قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر
لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في ساير الحقوق وما ذكر من
الضرر يشكل بما اذا كان غايبا ولا فرق في حق المشتري بين السفر والحضر
ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن
من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي
فادعى الشرا وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي
يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر فلا تكفي لاثبات
الاستحقاق قال رحمه الله يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه
عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما لو ادعى رقبتها واذا
بين ذلك ساله عن سبب شفعته لاختلاف الناس في اسبابها فان قال انا شفيعها
بدار لي تلاصقها الان تم دعواه على ما قاله الخصاف وقد ذكرنا في الفتاوى انه لا بد
من تحديد الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد
قال فان عجز عن اقامة البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك
للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به
لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل
او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك
ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع
اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال
فان عجز عنها استحلف بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق في هذه الدار شفعة

عليه

الوجه الذي ذكره يعني على الحاصل لا على السبب وقد استوفينا الكلام
فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلف على البتات قال
وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا
قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر الرواية في الاصل وعن محمد
انه لا يقضي له حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال
المشتري وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضاء بالشفعة ولهذا لا يشترط
تسليمه فكذا لا يشترط احضار الثمن فاذا قضي له بالدار فللمشتري ان
يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب
عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا يبطل
شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال فان احضر الشفيع البائع
والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع
القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة
على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي
بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر
حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لم يبق له ملك ولا يد وقوله فيفسخ البيع
بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ فلا بد
من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق
الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى
اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير
كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري
واخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع
قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي قال

ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من
حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك
فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف وتسليمه اليه
كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل
فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيلا للغائب
فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا
لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار
الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشرا الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشرا
ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك اسقاط
حقه

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في
الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل
وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق
الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك ولا نص ههنا ولا يتحالفان ولو
اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة
بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا
تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري
لانه لا توالي عقدان الا بانفساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج
لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد
واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم
فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا بخلافه
ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال
واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع

بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري في هذا لان الامر لو كان على ما قال البايع فقد
وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البايع بعض الثمن وهذا
الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى لان التمليك على البايع ما كان به فكان
القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البايع الاكثر
تحالفا وترادا وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان
حلفا فسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع
بهذه الطريق لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال
المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج
هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو
كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع
بالالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن
يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت
الى قوله لان بالاول وهو اقراره بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في
مقدار الثمن **فصل فيما يوخذ به المشفوع** قال واذا حط البايع
عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن
ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بالعوض صح
بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع
بتوفيق الله تعالى قال وان زاد المشتري للبايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في في الثمن صح
اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه
منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم تلزم الزيادة الشفيع
حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بيناه كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض
اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله

جامعة الملك سعود
قسم المخطوطات
عمادة شؤون المكتبات

لانه من ذوات الامثال ولان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما
ملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال
قال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله
وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال وان باع بثمن موجل فالشفيع بالخيار
ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان
ياخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان
كونه موجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة بالثمن فياخذه باصله ووصفه
كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين البايع والشفيع
او المبتاع وليس الرضى في حق المشتري رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة
وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن
وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا
هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بيناه من قبل وان
اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل كما كان لان الشرط
الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باع بثمن حال
وقد اشتراه موجلا فان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر
من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر
عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يودي الثمن حالا فيشترط الطلب عند
العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل
الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي عليه بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم
والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة
قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر واما

الخمر فلامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي قال وان كان
شفيعها مسلما وذميا اخذ الشفيع المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها
بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر
لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من
رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل

واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها
بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا
يكلف القلع ويخير بين ان يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه
قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في
البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان فصار كالموهوب
له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف بالقلع وهذا لان في
ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر
الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا
ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه حصل بتسليط من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا
يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق وفي الزرع يقلع
قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير
ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب قال ولو
اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين
انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على
المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه لانه نزل منزلة
البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط

عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه
قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل
احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا
في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة
بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض فانه يأخذ الباقي بحصته من الثمن
لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان
نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه
صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس
للشفيع ان يأخذ النقض لان النقض صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا على
نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا
الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع
من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا
للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع وكذلك ان ابتاعها وليس في
النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على
ما عرف في ولد المبيعة قال وان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في
الفصلين لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال
في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا
جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني
يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمرة لم تكن موجودة عند العقد فلا يكون مبيعا
الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم بالصواب

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا
شفعة الا فيما يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما

لا ينقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الا عند لك من
العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال بالملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على
ما مر وانه ينتظم القسمين ما ينقسم وما لا ينقسم وهو الحمام والرحا والبير والطريق
قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حايط
وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت دفعا لضرر سوء
الجوار على الدوام والملك في المنقولات لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق
به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البنا والنخل اذا بيعت دون العرصة
وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له
من القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما
يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر
والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا له
او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة
شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال
ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها
او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بيناه وهذه الاعواض ليست بمال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع
وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة
عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة
لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه
لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح و
غيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير
متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى

هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد
في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال
بمال ولو تزوجها على دار على ان يرد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار
عند ابي حنيفة وقالا رحمهم الله تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه
وله ان معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط
النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة
المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال
الشفعة في حصة الربح لكونه تبعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان
صالح باقرار وجبت الشفعة قال رحمه الله هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر
والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار
بقيت الدار في يده وهو يزعم انها لم يزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت
لانه يحتمل انه بذل المال افتدا ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا
بخلاف ما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع
ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه
قال ولا شفعة في الهبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء
ولا بد من القبض ولا يكون الموهوب ولا عوض شايعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه
في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما
هبة مطلقة الا انه اثيب منها حيث يمتنع الرجوع قال ومن باع بشرط
الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط الخيار
وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار
في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط
الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفع يبتني
عليه على ما مر وان اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد والخيار

معروف
خلاف ما اذا صلح عنها باقرار لانه
بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح
فكان مبادلة مالية

للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دارا الى جنبها والخيار
لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء ملكه في الدار التي يشفع بها وكذا
لو كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة
منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة
لان خيار الروية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى
له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع
دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال الملك عن البايع وبعد
القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا
كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به وفي الفاسد ممنوع عنه قال
فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد
البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له
ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده
لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي الماخوذة
بالشفعة على ملكه وان استردها البايع من المشتري قبل الحكم له بالشفعة بطلت لانقطاع
ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما
بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها
معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال
واذا اشترى دارا ثم ردها المشتري بخيار روية او شرط او بعيب بقضاء قاض
فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم الملك والشفعة في انشاء العقد
ولا فرق في هذا بين التسليم قبل العقد وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع
فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع
جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث
ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما

في قسمة
عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة ولا خيار روية وهو بكسر راء الخيار ومعناه لا شفعة
بسبب الرد بخيار الروية والاصح الكسر ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على
الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة وكذلك خيار
الشرط يثبت في القسمة ايضا لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا
وهذا المعنى موجود في القسمة والله اعلم

باب ما يبطل به الشفعة

واذا ترك
الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب
وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة على الطلب وكذلك
ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتعاقدين ولا عند العقار وقد اوضحناه
فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ويرد العوض لان
حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض
عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجايز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح
الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف
الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامراته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا
يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية اخرى
لا يبطل الكفالة ولا يجب المال قيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة
وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله
يورث عنه قال رحمه الله معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا
مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم للورثة وهذا نظير الاختلاف
في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للورثة
بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب
الشفعة بدونه ولو مات المشتري لم يبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا

باع في دين المشتري او وصيته ولو باع القاضي او وصيه او اوصى المشتري فيها
بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته
قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته
لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم
بشرى المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع
الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل
البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة
والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان
الاول بما ياخذ الدار المشفوعة ينقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض
شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشرا وكذلك لو ضمن الدرك عن البايع وهو
الشفيع لا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار
البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضايه بخلاف جانب المشروط
له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع ان الدار بيعت بالف فسلم
ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله
الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر
ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او معدود متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم
او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال
زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال ولو قيل
له المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم
ان المشتري ذلك مع غيره فله الشفعة في نصيب ذلك الغير لان التسليم لم يوجد في حقه
ولو بلغه شرى النصف فسلم ثم علم انه اشترى الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة
ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في البعض ٥

الدرك ان ياخذ المشتري من البايع رهنا بالثمن الذي اعطاه خوفا من استحقاق المبيع كذا من السيد

فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة
له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا
قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول
دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان
اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي قال وان
ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو
العوض عن الدار قال رحمه الله وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع
الدار باضعاف قيمته ويعطى بها ثوبا بقدر القيمة الا انه اذا استحقت المشفوعة
يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع
بالثمن الدراهم دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار
لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد
لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف
انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسايل متفرقه قال خمسة اشتروا من رجل دارا فللشفيع ان ياخذ
بنصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق
ان في الثاني باخذ البعض يتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما
قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم
اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة
احد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البايع وسواء سمى لكل
بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات
ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البايع
اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدعه لان القسمة من تمام القبض لما فيه

من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض
وان كان له نفع فيه لعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما
اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث
يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض
الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته
ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار
للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال
حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي
يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله
عبد ماذون له وعليه دين فهو الشفيع فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع لان الاخذ بالشفعة
فللمولى الشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشرا وهذا مفيد لانه يتصرف للغرما بخلاف
ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب
والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرا
دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا
يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به
ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح
رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن
على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا
اذا بيعت بمثل قيمتها ولو بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم
بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك
التسليم كالاجنبي ولو بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله

انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمة الله عليه

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث
وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما
بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي له من حقه في نصيب صاحبه
فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم
التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر ولو اشترياه
فاقتسماه لا يكون لاحدهما بيع نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من
جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز
لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيها الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم
بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع
بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها
لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان
الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس
بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه
رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته عليهم غرما بالغنم
قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم
على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال
لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة قال ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة
لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو
بالامانة قال ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه

لانه لا جبر على العقود لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله وان اصطلحوا
فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم
عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم
الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوات فيرخص الاجر قال واجرة القسمة
على عدد الرؤس عند ابي حنيفة وقالا رحمهم الله على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك
فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشترك ونفقة المملوك المشترك
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابلة بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب
الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل
التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل
والوزن ان كان للقسمة فهو على هذا الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل
بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل والجواب
عنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء
عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها
القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقالا يقسمها
باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما
سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار
انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق
ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا
لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمه
باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة
مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت زيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس
بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث

ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث والوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه
مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار
محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده
بخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة
قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه
بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال
رحمه الله وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان
واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل قول الكل وهو
الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه
ولا ملك فامتنع الجواز قال وان حضر وارثان فاقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب
وكيلا يقبض نصيب الغايب وكذا لو كان مكان الغايب صبيا يقسم وينصب وصيا
يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصبي ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة
عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم
والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه فيما اشتراه المورث (بالعيب)
ويصير مغرورا بشرى المورث فانتصب احدهما خصما عن المورث فيما في يده والاخر
عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين اما الملك الثابت للغايب بالشرا (المتخاصمين)
ملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب
فوضح الفرق قال وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم وكذا
اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغايب
والصغير باستحقاق ما في يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم
عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة

البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد
لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما
ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان
الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا قامت البينة
وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة
على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا
الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه
قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه
من قبل وان كان ينتفع احدهم والاخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب
الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع فاعتبر طلبه والثاني
متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار
بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة
قسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول
قال وان كان كل واحد منهما يستضر لصغر نصيبه لم يقسم الا بتراضيهما لان
الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق
لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا
كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة
والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين
فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي
ويقسم القاضي كل مكيل وموزون كثيرا وقليلا والمعدودات المتقاربة وتبر
الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم
ولا يقسم شاة وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة

التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم
ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع
ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز قال
ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد
الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم من بني ادم وله ان التفاوت في الادمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان
التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان
ومن الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام
بيعها وقسمة ثمنها وهاهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد
قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها
لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على
اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على
لولوة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى
ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم بير ولا حمام ولا رحا الا ان يتراضى
الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي
لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل واحدة على
حدتها في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض
قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد
اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد
ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو
المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد

لعدم

الاقرحة قطع من الارض

والماء لتخلفا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار
وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار
الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار
قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا
كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه تقسم
احداهما في الاخرى والبيوت في محلة واحدة او في محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت
فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت
على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد منهما قال واذا كان دارا وضيعة او دارا
وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رحمه الله جعل الدار
والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع
الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان
او بنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة**
قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على
سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره
ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى
لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة
على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة
فمن خرج اسمه اولا فله الاول ومن خرج ثانيا فله الثاني والاصل ان ينظر في ذلك
الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا
ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله وقوله في الكتاب ويفرز
كل نصيب عن الباقي بشربه وطريقه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم
نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم

افراز

والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه
يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته
ولعلها لا تسلم له واذا كان المشترك ارضا وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على
اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه
او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على
شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا
تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر
فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم
مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل
عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر
وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لما فيه من معنى الضرر وبقاء الاختلاط
فتستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين
وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق
ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز
وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق
حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك
مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة
وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك
بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة
حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا

بادخال الشرب في الطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة
ان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع
لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم
لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب
الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان
القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل
الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو
له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر
بغير ذلك قال رحمه الله وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بير ماء او سردابا
او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة
بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى
التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال
ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من العلو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل
اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره واهل بلده في تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى
بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد هلاك السفل وكذا السفل فيه منفعة
البناء والسكنى والعلو فيه منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا
صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل
السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر
بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى

المفسر وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة
ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل
لان العلو مثل نصف السفل وثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة
وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوت مائة من العلو المجرد ويجعل
بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه
مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان
لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء
خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد
لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون فشهد القاسمان
قبلت شهادتهما قال رحمه الله وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد
مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا
تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما
شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما هو
التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم
وانما اللازم القبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي
اذا قسما باجرة لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما
يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا
تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم
على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت
التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو
امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا

تقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا **باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها**
قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه
شيء في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه
يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم يقم له بينة استحلف
الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما
لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رحمه الله ينبغي ان لا تقبل
دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال استوفيت حقي واخذت بعضه
فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى
موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا
وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف
في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم
يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي
الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو
اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه
بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة
المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد
على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد منهما بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي بها
وان لم يقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب بينة صح
احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في
نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رحمه الله ذكر الاختلاف
في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف
في استحقاق بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة

بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم
يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو
الاصح ولابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا لان باستحقاق
بعض شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب
الاخر شايعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء
شايع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان
النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما
فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار
كاستحقاق جزء معين بخلاف الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة
لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ها هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا
وصورة المسألة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر
وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا
لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق
كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب النصف المقدم نصفه ثم استحق النصف
الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض
وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه
لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع
فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة
ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا
كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين
وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد

القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان
المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صحت دعواه لانه لا تناقض
اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان
لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ○

فصل في المهاياه

المهاياه جايزه استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان
القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايي جمع على
التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة يقسم وتبطل المهاياه لانه ابلغ
ولا تبطل التهايي بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقضت لاستانفها الحاكم فلا
فايدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة
وهذا طايفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جايزة فكذا
المهاياة والتهايي على هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التاقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياه شرط ذلك في العقد او لم
يشرط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما
وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياه قد يكون في الزمان
وقد يكون في المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان
والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي ان يتفقا لان التهايي في المكان اعدل وفي
الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فاذا اختاراه من حيث الزمان
يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا في العبدين على ان يخدم هذا هذا والاخر
الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جايزة جبرا من القاضي وبالتراضي
فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه انه لا يجري
فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم

ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل واحد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في
اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة فانه لا يسامح فيها ولو تهايا في دارين على
ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين امام
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز التهايي فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى
بخلاف قسمة رقبتها لانه بيع بعض احدهما ببعض الاخر جايز وجه ظاهر الرواية
ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا
اما لكثر التفاوت في اعيانها يعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت
بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة على
هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يحتمل زيادة على طاقته
والدابة تحملها واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية
وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان
في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاوه في العقار وتغيره في
الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما على ما كانت في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف
ما اذا كان التهايي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايي
على الاستغلال ايضا جايز في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا
يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز
راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر
قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من
الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا يجوز عنده

لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان
يمنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها
لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقايسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو
كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان ياخذ كل واحد منهما طايفة يستثمرها
او يرعيها او يشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة لانها لا تبقى فيتعذر
قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته
من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جايز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة
مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جايزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل
خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز
اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل
والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوايد لانه لا اثر للعمل في
تحصيلها فلم تتحقق الشركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة
ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول
او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق
المن والصلح وذلك جايز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها فلم
يخرج شيا فله اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وهذا اذا كان البذر من
قبل صاحب الارض وان كان من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين

لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة
الناس اليها ولظهور تعامل الناس بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة
لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل
العقد وهو لا يختص بالمزارعة لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان
المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها
والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع
الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحق عوضا
بالشرط فلا بد من ان يكون معلوما وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس
ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد
لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في
الانتهاء فما يقطع هذه الشركة يكون مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر
ليكون الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر
لواحد والعمل والبقر من اخر جازت المزارعة لان البقر الة العمل فصار كما اذا
استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر
والبذر لواحد جازت المزارعة لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج
فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبقر والبذر لواحد
والعمل من اخر جازت المزارعة لانه استاجره ليعمل باالة المستاجر فصار كما
اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض
والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط
وحده وصار كجانب العامل وجه ظاهر الرواية ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة
الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام

بها العمل وكذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعا لها بخلاف جانب
العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان اخران
احدهما ان يكون البذر لاحدهما والعمل والبقر والارض لاخر فانه لا يجوز ايضا لانه
لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في
رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير
مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة
معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما مشاعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما
قفزانا مسماة فهي باطلة لانه تنقطع الشركة لان عساها لا تخرج الا هذا القدر
وصار كاشتراط دراهم معدودة في المضاربة لاحدهما وكذا اذا شرطا ان يرفع
صاحب البذر بذره والباقي بينهما نصفين لانه يودي الى قطع الشركة في بعض
معين او في جميعه بان لا يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض
خراجية ... يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر ان يكون
عشر الخارج لنفسه او للاخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يودي الى قطع
الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية وكذلك اذا
شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع
موضع معين يودي ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج من الارض الا من ذلك
الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة اخرى فلا ينعقد الحب او لا
يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يودي
الى قطع الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره
وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال
مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
لانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن
لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد ولو شرطا التبن للاخر فسدت لانه شرط يودي

لانه معين مح

الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال
واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام فان لم تخرج الارض
شيا فلا شي للعامل لانه يستحقه بطريق الشركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت
اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل يجب في
الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت المزارعة فالخارج
لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء
كله لصاحب البذر قال وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله
لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى
منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات
وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثلها لانه استوفى منافع الارض
بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد
على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض
والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح
لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره
في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه
العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من
البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فما
حصل له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة
فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر
يلزمه فصار كما لو استاجر اجيرا ليهدم داره فان امتنع الذي ليس من قبله البذر
اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة
الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة واذا امتنع رب الارض

البذر

به المزارعة

والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في
الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه
في الاجارات قال فلو كان عقدها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى
ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الزرع في يد المزارع حتى يستحصد
الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة فيما بقي من السنين الثواني لان في
ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه
ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر انهارها انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال
على المزارع ولا شيء بحق صاحب الارض للعامل بمقابلة ما عمله لما نبينه ان شاء الله تعالى
واذا فسخت المزارعة لدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما
في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر انهارها لان المنافع
انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج فلا شيء له ولو نبت
الزرع ولم يستحصد لم يبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع
ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان
حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض حينئذ لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم
قال واذا انقضت مدة الزرع والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه
من الزرع الى ان يستحصد الزرع لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من
الجانبين فصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل
في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون
العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على
العامل اما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل
بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متبرع

لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه
الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع
فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت عليه وارجع بما تنفقه في حصته
لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي
نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك
يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل
الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض
ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا
على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلث لما بينا قال واجرة الحصاد
والدياس والرفاع والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على
العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة
والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي
الزرع لحصول المقصود فيبقى مالا مشتركا بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما
واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل
او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرط ذلك على
العامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي
هذا هو الاصح في ديارنا والحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ
فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية
كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة
على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل
وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل
لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك
ولا عقد عليه ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم

العرف فيه ولو اراد ان فصل القصيل او جز الثمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم بالصواب

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا رحمهما الله جايزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جايزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيها شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من اصل الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان لعلم بيان المدة جاز ويقع على اول ثمرة تخرج لان الثمرة لادراكها وقت معلوم قلما تتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه تتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها واطلق في الرطبة يفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت فجهلت المدة وشرط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيه فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر

فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطا في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بافة سماوية فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهل خيبر كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفا بالعقد وكذلك ليس للعامل ان يترك العمل من غير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت فهي باطلة وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جازت لكان استحقاقا بغير عمل فلم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الاخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الاخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه

وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا
كان صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذه خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار
الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه
كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا قال واذا انقضت مدة
المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى
ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استئجارها بخلاف المزارعة في هذا لان
الارض يجوز استئجارها وكذلك كان العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة
في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق
عليه العمل ههنا لا اجر فجاز ان يستحق عليه العمل كما يستحق قبل انتهائها قال
وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارة وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها
ان يكون العامل سارقا يخاف عليه ان يسرق السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب
النخل ضرر لم يلتزمه فيفسخ ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان
في الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو
اراد العامل ترك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احداهما ان يشترط
العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس
فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز
ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس
لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان
اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وقد تعذر
رد الغرس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس
لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق اخر بيناه في كتاب كفاية المنتهي وهذا اصحها

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم الاية ولان بها يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره
فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين
اللبة واللحيين واضطرارية كالجرح في اي موضع كان من البدن والثاني بدل عن الاول
لانه لا يصار اليه الا عند العذر والعجز عن الاول فهذا اية البدلية وهذا
لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول
اذ التكليف بقدر الوسع وشرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا
كالمسلم واما دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء
الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل الذبيحة والتسمية ويضبطها وان
كان صبيا او امراة او مجنونا اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد
بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الحربي
والذمي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا يوكل ذبيحة
المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير اكلي ذبائحهم ولا ناكحي
نسائهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال ولا
المرتد لانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا انتقل الى
غير دينه فانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله
قال والوثني لانه لا ملة له قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل
ما ذبح من الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في
الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع
محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد
لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يومن الشاة وكذا ذبح لا يحرم على المحرم قال

وإذا ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا
أكل وقال الشافعي رحمه الله يحل في الوجهين وقال مالك لا يحل في الوجهين
والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند
إرسال الكلب والبازي وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للإجماع فإنه
لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عمدا وإنما الخلاف في متروك بينهم ح
التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي
أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله
إن متروك التسمية عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه
فإنه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى
سمى أو لم يسم ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي
ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي والنهي
للتحريم والإجماع وهو ما بيناه والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي
فإنه عليه السلام قال في آخره فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك
علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله احتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل
فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان
والحرج مرفوع عنه والسمع غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة
وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول والإقامة في حق الناسي
وهو معذور لا يدل على ذلك في حق العامد وهو غير معذور وما رواه
محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح
وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن
المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فيشترط
عند فعل يقدر عليه حتى لو أضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية

لا يجوز ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الإرسال ولو أضجع
شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل وإن سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا
لا يؤكل ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل
من فلان وهاهنا ثلاث مسائل إحداها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره
ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله
لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا لغير الله إلا أنه يكره لوجود القران
صورة فيتصور بصورة المحرم والثاني أن يذكر موصولا على سبيل العطف
والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالث
أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع
الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روي عنه عليه السلام قال بعد الذبح اللهم
تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو
الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى
لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال سبحان
الله والحمد لله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل
في أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد على نعمة الله دون التسمية وما تداولته
الألسن عند الذبح وهو قولهم بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة
وفي الجامع الصغير ولا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله
والأصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولأنه مجمع المجرى والعروق
فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان لقوله
عليه السلام أفر الأوداج بما شئت وهو اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول

المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ
الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه
وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر منها بل لا بد من قطع الكل
عنده وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع الاكثر فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هذا الذي
ذكره القدوري من الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول
ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف
الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك
خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلث
اي ثلث كان اكل وبه كان ابو يوسف يقول اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله
انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان كل فرد اصل بنفسه
لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف *قطع ؟*
ان المقصود من فري الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما
مجرى الدم واما الحلقوم فانه يخالف المرئ فانه مجرى الطعام والماء والمرئ مجرى
النفس فلا ينوب احدهما عن الاخر ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكثر يقوم مقام الكل
في كثير من الاحكام فاي ثلث قطع فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها *لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ؟*
وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح فانه لا يحيى بعد قطع ثلث منها
اي ثلث كان ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيا احتياطا لجانب
الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون
باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه السلام
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن اما السن فانه عظم واما الظفر
فانه مدية الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع

ويروى وافرى الاوداج

ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة
كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج
الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى *اعسارا على الحيوان ؟*
المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه تعذيب الحيوان وقد
امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء انهر الدم
الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة نص محمد رحمه الله في الجامع
الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وهذه عادة محمد رحمه الله وما لم يجد
فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل
قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان
على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد
احدكم شفرته وليرح ذبيحته قال ويكره ان يضجعها ثم يحد شفرته لما روي
انه عليه السلام راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها
موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع
الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع
عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع
الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسها حتى يظهر مذبحها
وقيل ان يكسر العنق قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في ذلك
كله زيادة تعذيب الحيوان من غير فايدة وهو منهي عنه فالحاصل ان ما فيه زيادة
الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله او
غيرها الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني قبل ان تسكن من الاضطراب *زايد وهو*
اذ بعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زيادة الالم قبل
الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال وتوكل الذبيحة قال فان ذبح الشاة
من قفاها فان بقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره

لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان
ماتت قبل قطع العروق لم توكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما
استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان
ذكاة الاضطرار انما يصار اليها عند العجز عن الذكوة الاختيارية على ما مر والعجز
متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بير ووقع العجز عن
ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر
ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم
الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رحمه الله ان
الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر (فلا عبرة صح)
لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر والمصر وغيره سواء في البقر و
البعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق
العجز في المصر ايضا والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول (في الابل النحر فان ذبحها
عليه وهو يريد الذكوة حل اكله قال والمستحب في البقر والغنم الذبح (جاز ويكره والمستحب صح)
فان نحرها جاز ويكره اما الاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع
العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لعدم موافقة السنة وهي لمعنى
في غيرها فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال ومن
نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم
يشعر وهذا قول ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن ابن زياد رحمهم الله وقال
ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام (حتى يتصل بالفرائض صح)
ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يتغذى بغذائها
ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها
واذا كان جزءا منها فالجرح الوارد على الام يكون ذكوة له عند العجز عن ذكاته
كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند

ذلك يفرد بالذكاة ولهذا افرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه ويصح
الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو التمييز
بين اللحم والدم لا يحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم منه فلا يجعل تبعا
في حقه بخلاف الجرح في الصيد فانه سبب لخروج الدم ناقصا فيقام مقام الكامل
فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال
ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي صلى الله عليه وسلم (ذكر صح)
نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب
النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهايم لا كل ما له مخلب او ناب
والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم
كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه
(السباع صح) الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب
فيكره واليربوع وابن عرس من الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان
الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا
يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رحمه الله لا
باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان
الغالب من اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور
والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى
عايشة عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحة اكله
والزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبايث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم
بقتلها شيء قال وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا
يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه

ان النبي صلى الله عليه وسلم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال
ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلعم
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة ومالك قوله
تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها
والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره
اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل الجهاد
وحديث جابر معارض لحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهية
عنده كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس
به لانه ليس فيه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عليه السلام
اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر جلده ولحمه
الا الادمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما اما الادمي فلكرامته وحرمته واما
الخنزير فلنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا توثر في جميع
ذلك لانها لا توثر في اباحة اللحم فلا توثر في طهارة الجلد اذ طهارة الجلد تبع ولا
تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة موثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السايلة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت تطهر كما
في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة
في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل
لا ينجسه خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في
غير الاكل قال ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلاق
جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رح

انه اطلق ذلك كله والخلاف في البيع والاكل واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد
البحر وطعامه من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولانه لا دم في هذه الاشيا اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه
السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وما سوى السمك خبيث ونهي
النبي صلى الله عليه وسلم عن الدواء الذي يجعل فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان
والصيد المذكور فيما تلي محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة
فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا
ميتتان ودمان فاما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال
ويكره الطافي منه وقال مالك والشافعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة
البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام
انه قال ما نضب عنه الماء او لفظه فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم
مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه
من غير آفة قال [ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد] وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه او يشويه لانه
صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما
في ساير الصيد والحجة لنا ما روينا وسيل علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل
من الارض وفيه الميت وغيره فقال كل كله وهذا يعد من فصاحته رضي الله عنه
ويدل على اباحته ايضا وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة
لانا خصصناه بالنص الوارد في السمك الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا
مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات بغير آفة حتف انفه لا يحل كالطافي وتنسحب عليه
فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المبرز عليها فمنها اذا
قطع بعضه فمات يحل اكل ما ابين وما بقي ايضا لان موته بآفة وما ابين من
الحي وان كان ميتا لكن ميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

مقيم

قال رحمه الله الاضحية واجبة على كل مسلم حر مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه
وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي
وذكر الطحاوي انها واجبة في قول ابي حنيفة سنة مؤكدة في قول ابي يوسف ومحمد
وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه رواية السنة قوله عليه السلام من
اراد منكم ان يضحي فلا ياخذ من شعره واظفاره شيا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب
ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف
المالية كالزكوة وصار كالعتيرة وجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة
ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب
ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان
الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب يفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر
الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب تشق على المسافر استحضارها وتفوت
بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم
ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة كانت الجاهلية تذبحها
في رجب وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك
هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط
السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى
لانها مختص به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ويجب عن نفسه لانه اصل في
الوجوب عليه لما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في
صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا
يجب في حق الصغير وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هنالك
راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير اما هذه قربة محضة والاصل
ان القرب لا تجب على الشخص بسبب غيره ولهذا لا يجب عليه عن عبده وان كان

ان م

على ما قيل

والدهم

١٣٧

يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي
من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا
يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة
بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي
من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما يمكنه ان ينتفع بعينه قال ويذبح عن
كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد
لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي جابر رضي الله عنه
انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة
ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره
محمد رحمه الله في الاصل ولانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن
ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع
ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله وقال
مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن
اهل بيتين وان كانوا اقل من سبعة لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة
وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما روي
عنه عليه السلام انه قال على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع
تبعا له واذا جازت الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون لا يجوز الا اذا
كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي
بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة اجزاه استحسانا وفي القياس لا
تجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فمنع عن بيعها تمولا والاشراك
هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا

هز ج

ولو اوصوا اجزاهم

يظهر بالشركاء وقت الشرا وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فيجوز له دفعا للحرج وقد امكن لان الشرا للتضحية لا يمنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشرا ليكون ابعد من الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشرا لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وكان ابو بكر وعمر رضي الله عنهما لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو ساكن المصر دون اهل السواد ولان التاخير انما كان لاحتمال ان يشتغل عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وبالعكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كما تسقط الزكوة بهلاك المال فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم الفطر ولو ذبح بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذا لك على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام نحر ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم

هذام

انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها ومثل هذا لا يعرف الا سماعا لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالاقل لانه متيقن وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبا او سنة والتصدق تطوع محض فكانت افضل ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى بها في جميع الاوقات فنزلت منزلة الطواف في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة سوى اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني ويجب على الفقير بالشرا بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي اي لا نقي لها وهو المخ لضعفها وعجفها قال ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها فان بقي الاكثر منهما جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية

وبعد اشترى للتضحية م

الكامل على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث
والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه ابي الليث قال ابو يوسف
اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي مثل قولك قيل هذا رجوع الى قول ابي يوسف
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف
العورة عند ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين فانه متيسر وفي العين قالوا
تشد العين المعيبة بعد ان كانت لا تعتلف يوما وليلة او يومين ثم يقرب العلف اليها
قليلا قليلا فاذا رأته في موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب
اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من موضع اعلم عليه ثم تنظر الى تفاوت ما بينهما
فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان الذاهب نصفا فنصفا قال ويجوز ان يضحي
بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا
والخصي لان لحمه اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين
اي خصيين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل
بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في
الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما
الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان القلة والكثرة
وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن
لها خلقة لا تجوز لانه اذا كان مقطوع اكثر الاذن لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا
الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم
تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب
على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية
فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل قالوا اذا
ماتت الشاة المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو

له اشترى الفقير اضحية فضلت فاشترى اخرى ثم وجد الاولى فعليه ان يضحي بهما لان الوجوب على الفقير بالشراء بنية الاضحية بمنزلة النذر فيتعدد فلان الغني الا ان الوجوب عليه بايجاب الشرع ولم يوجب عليه الشرع الا اضحية واحدة وذكر الزعفراني ان الفقير ان اوجب الثانية ايجابا مستأنفا فعليه ان يضحي بهما وان اوجبها بدلا عن الاولى فله ان يذبح ايهما شاء لان الايجاب منه فانما يلزمه ما اوجب

ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر فعلى الموسر ذبح احديهما
وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا
عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح
فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت
من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح
قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل الاضحية
بغيرها عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة قال ويجزي من ذلك كله الثني
فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر
على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان
قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالغنم يشتبه على الناظر من بعيد والجذع
من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة
اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين
ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الانسي والوحشي يتبع الاهلي
الام لانها هي الاصل في التبعية حتى لو نزا ذئب على شاة يضحى بالولد قال
واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها
عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز
عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون
قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا
لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان
التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى عن امته
على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا
قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة
فلم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس

ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق
عن الميت لكنا نقول القربة قد يقع عن الميت كالصدقة بخلاف الاعتاق
لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز
لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا
يجزيهم لانها لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فوقعت
قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله
عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى
جاز اكله وهو غني جاز ان يطعمه الاغنياء ويستحب ان لا ينقص الصدقة
عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى
واطعموا القانع والمعتر فانقسم على ذلك اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه
جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها
لان الانتفاع به غير محرم ولا باس ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقا
عينه استحسانا نحو ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به
الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه
انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد
او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة
انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد
كراهية البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي
اجرة الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها
ولا تعط الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع
ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع بها قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة
القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح

اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين
بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة
رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل
ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وانه ليس من اهلها
ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف
ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط
رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخر اجزا عنهما استحسانا واصل هذا ان
ولا ضمان على الذابح
من ذبح اضحية غيره بغير امره لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه
عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز وهو قولنا وجه
القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب
وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها عن الاضحية حتى وجب عليه
ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا
بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه
ليذبح
يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان
قيل فاته امر مستحب وهو ذبحها بنفسه او شهودها فهو لا يرضى بذلك
قلنا يحصل له امران مستحبان آخران صيرورته مضحيا بما عينه وكونه معجلا
به فيرتضيه ولعلمائنا من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم
غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل
ذلك بغير امره يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على
الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او
رفع الجرة واماله الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق ما عليها
فاوقد النار تحت الطبخ او ساق الدابة وطحن الحنطة او اعانه على رفع
الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا

في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة
الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا نهي خلافية زفر
بعينها وتاتي فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخه
من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما
فليحلل كل واحد منهما من صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتدا يجوز وان
كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن
صاحبه قيمة اللحم ويتصدق بالقيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته
لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن التضحية
لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنها
بالغصب بالذبح فلا يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال الشيخ الامام رحمه الله تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله
نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ
الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل
على فصول منها **فصل في الاكل والشرب** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره
لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل
وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم والدباج
من كتاب الصلوة فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز
الاكل والشرب والادهان والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنساء
لقوله عليه السلام الذي يشرب في انية الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم
واتى ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله
صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه

تشبه بزي المشركين وتنعم بنعم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده
التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب
والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة
والمراة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال انية الزجاج والرصاص
والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة
في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب على السرج
المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي
موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ
وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف انه يكره ذلك وقول
محمد يروى مع قول ابي حنيفة رحمهما الله ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف
الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك
في السيف والمشحذ وحلقة المراة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا
الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة
بذهب او فضة على هذا الخلاف فيما يخلص منه واما التمويه الذي لا يخلص فلا
باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع اجزائه فيكره كما اذا استعمل
موضع الفضة والذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره
كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل
اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح
لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع
المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي
والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل

في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على
ايدي هاولآء ولا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض
والمبايعة في الاسواق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير
اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما
اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات
قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات
يكثر وقوعها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زايدا يؤدي الى الحرج
فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او غير عدل او فاسقا او كافرا او مسلما او عبدا
او حرا او ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع
المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل
لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات
لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملة الا بعد
قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به
وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال
ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة
يكون الصدق راجحا والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل
ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى لو اخبره مسلم مرضي بنجاسة الماء
لم يتوضا ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا يتحرى فان كان اكبر رايه
انه صادق تيمم ولا يتوضا فان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو
كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا
جواب الحكم اما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة

اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفريعات وتفاصيل ذكرناها في كفاية المنتهي
قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا باس ان يقعد
وياكل قال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة
قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت بها
من البدعة من غيرها كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نايحة
فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان
مقتديا ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب
المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى
به ولو كان ذلك على المايدة فلا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتديا لقوله تعالى
فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل
الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه
ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول
ابي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير
والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنساء بحديث
اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور
امتي حل لاناثها ويروى حلال لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلث اصابع
او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا
موضع اصبعين او ثلاث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة
مكفوفة بالحرير ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره
وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره
القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب

لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال
عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله انه عليه السلام جلس على مرفقة
حرير وقد كان على بساط ابن عباس رضي الله عنه مرفقة حرير ولان القليل من
الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه
نموذجا على ما عرف في موضعه قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب
عندهما لما روى الشعبي ان النبي عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه
ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط
وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما
رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير
كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز
مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى
بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس وما كان لحمته حرير وسداه
غير حرير فلا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة
على ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب والفضة لما روينا في الذهب
والفضة في معنى الذهب الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى
الانموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة
ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر
والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم في اصبع رجل خاتم
صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي
ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب يقال اليشم
لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم

على الرجال بالذهب حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة او الحاجة الى التختم
او لانه انموذج وقد اندفعت بالادنى وهي الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم
بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون حجرا ويجعل الفص الى باطن الكف بخلاف
النسوان لانه تزين في حقهن قال وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما الى التختم
فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا باس بمسمار الذهب يجعل
في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان
بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد لا باس بالذهب ايضا
وعن ابي يوسف مثل قول محمد وعنه مثل قول ابي حنيفة لهما ان عرفجة بن اسعد
اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام ان يتخذ انفا
من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت
بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع بالادنى
حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما
ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال
ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وكذا التي يمسح بها الوضوء
او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن
تكبر وصار كالتربع في الجلوس قال ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط
لحاجة ويسمى الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم

لا ينفعنك اليوم اذ همت بهم … كثرة ما توصي وتعقاد الرتم

وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من
الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا
يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم

والمراد مواضعها وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها
ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة انه
انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا
لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا
لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية بشهوة صب في عينيه الانك
يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله
لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك
ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام
الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف
امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة
تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة
وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل على بعض القبايل التي كان مسترضعا
فيهم وكان يصافح العجايز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما استاجر عجوزا
كانت تمرضه وتغمز رجليه وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها
لما قلنا وان كان لا يامن لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت
لا تشتهى لا باس بمسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا
اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد ان يشهد عليها النظر الى وجهها وان خاف
ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضا واداء الشهادة
ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما
يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل
يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الادا
قال ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها ٥

لا انتهى

لقوله عليه السلام لسايل انظر اليها فانه احرى ان يودم بينكما ولان المقصود
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض
منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل
فان لم يمكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره
ما استطاع لان ما ثبت لاجل الضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافض
والختان وكذا يجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة
يحتاج اليها فيجوز للمرض والهزال الفاحش كالمرض على ما روي عن ابي يوسف
لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين
السرة والركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته وركبته ويروى
ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة
خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا للشافعي
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظاهر وما دون السرة عورة الى منبت
الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام محمد بن الفضل الكاري معتمدا فيه لانه
على العادة فلا معتبر بها مع النص وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه بخلافه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي
رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام
لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم
الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم
العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوة حتى
ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوة
يودب ان لج وما يباح النظر اليه من الرجل للرجل يجوز مسه لانهما فيما ليس
بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما يجوز للرجل
النظر اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر

الا ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او كان اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر اليها الرجل وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت في الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وزوجتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر يقول ينبغي ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى بطنها وظهرها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام

والمراة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع لادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينها وبينه على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بيناه قال ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان كان يباح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها ولقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة بدنها فان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصارت حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المراة الحرة داخله في حق محارمها الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا راى امة متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة فيه كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها

في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة
والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة
معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب
والانزال اعتبر محمد الضرورة فيهن في الاصل وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة
قال ولا باس بمس ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر
واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة
وان خاف ان يشتهي للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك
لانه نوع استمتاع بملك الغير وفي غير حالة الشرى يباح النظر والمس بشرط عدم
الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه اذا بلغت وهذا
لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهي
ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عايشة رضي الله عنها الخصي مثلة
فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا
المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يوخذ فيه بحكم كتاب الله
المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من
سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد
قولي الشافعي رحمهما الله لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله
عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز
النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء
قال سعيد بن جبير والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث
دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها
لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى الامة اعزل عنها ان
شيت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب

فيهن

لدخوله عليها من غير استيذان صح

والعنة ولا حق للامة في الوطي ولهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت
تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يستبريها بحيضة والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا
الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة افاد وجوب الاستبراء
على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو
الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براة الرحم صيانة للمياه
المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل
او توهم الشغل بما محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا
على البايع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون
البايع فيجب عليه غير ان الارادة امر باطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من
الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا يدار الحكم عليه تيسيرا
فكان السبب استحداث ملك الرقبة الموكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب
الملك كالشرى والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك
وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له
وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب وادارة الحكم على
الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يجتزى
بالحيضة التي اشتراها في اثنايها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشرى او غيره
من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعد الشرى قبل القبض خلافا
لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب
وكذا لا يكتفى بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا
بالحاصل بعد القبض في الشرى الفاسد قبل ان يشتريها شرا صحيحا لما قلنا ويجب
في جارية المشتري فيها شقص اذا اشترى الباقي لان السبب قد تم الان والحكم

يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية
او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها
بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو المقتضي للحل والحرمة لمانع كما
في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة
او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين
فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيرة ذكرناها في كفاية المنتهي بتوفيق
الله تعالى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرمت الدواعي لافضائها
اليه او لاحتمال الوقوع في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البايع
بخلاف الحايض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه
زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول
اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم نذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها
لا يحتمل الوقوع في غير الملك فانه لو ظهر بها حبل لا تصح الدعوة من الحربي بخلاف
المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر
بالشهور لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل
الاستبراء بالايام لقدرتها على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست
بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة
وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة
والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله وقد
ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ به قول ابي يوسف فيما اذا علم انه لم يقربها
في طهرها ذلك وقول محمد اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان
يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البايع قبل الشراء
او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلق الزوج لان عند

او بعضها

وان حل بعد ذلك

وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له
لا يجب الاستبراء عليه فلا يجب بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما
اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر منها ولا يقبل ولا يلمس
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرمت
الدواعي لافضائها اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام
وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض
يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها
بعض الحرج ولا كذلك ما عددنا لقصور المدد وقد صح ان النبي صلى الله عليه
كان يقبل وهو صايم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان
فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا
ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بنكاح او يملكه او يعتقها
واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذلك
لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة
الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس
له ان يجامع واحدة منهما ولا ياتي بالدواعي فيها فكذا اذا قبلهما وكذا اذا
مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره
بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله يملك اراد به ملك
اليمين فينتظم التمليك بساير اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل
لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق الكل وكذا الكتابة كالاعتاق
في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها او تدبيرها
لا تحل الاخرى لانها لا تخرج عن ملك الموطي وقوله بنكاح اراد به النكاح الصحيح
اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج

بها فانه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي
احدهما حل له وطي الموطوة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى
لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه وذكر
الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفر رضي الله عنه حين
قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام نهى عن المكامعة
وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم
قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس
بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث قال عليه السلام
من صافح اخاه المومن وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال
ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا
انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف
العذرة فانه لا ينتفع بها الا مخلوطا والمخلوط يجوز بيعه مروي عن محمد
وهو الصحيح ويجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط
بمنزلة الزيت الذي خالطته نجاسة قال رجل علم بجارية انها لرجل فراى
اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لانه
اخبر بخبر صحيح ظاهر ولا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي
وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها مني او تصدق
علي بها لما قلنا اذا كان ثقة او غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر
في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لا ينبغي له
ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها

لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها
منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة
في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى
يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان
يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق
والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل
الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع
هذا لو اشتراها يرجو ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان
كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك
لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له في البيع وهو
ثقة قبل قوله وان كان غير ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم
يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها
الغايب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها
بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري
فلا باس ان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت امراة
لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة
الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي
فلا باس ان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني
لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او ان الزوج
حين تزوجها كان مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة لم يتزوج
باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبره بفساد مقارن
والاقدام على العقد يدل على الصحة وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر

اذا كانت المدة تحتمل

او امكان الرضاعة

خلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته
حيث تقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة
لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت
انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم
قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان
ياخذه منه وان كان البايع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في حق المسلم باطل
لانه ليس بمال متقوم في حقه فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له اخذه من
البايع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البايع فيحل
اخذه منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهايم اذا كان في بلد يضر
الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به لقوله عليه السلام الجالب
مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف
ما اذا كانت البلدة كبيرة لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا
التفصيل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا
اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر
بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف
اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر
المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت
يكون احتكارا لتحقق الضرر ثم قيل هو مقدر باربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر طعاما
اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل وما

فوقه كثير اجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص
لزيادة السعر وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل ضرب المدة للمعاقبة في
الدنيا اما اثم الاخرة فانه حاصل وان قلت المدة وفي الجملة ان التجارة في الطعام
غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد اخر فليس بمحتكر اما
الاول فلانه خالص حقه ولم يتعلق حق العامة الا يرى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع
واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق بما جمع
في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل بلد
يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منها الى المصر لانه لم يتعلق به حق
العامة ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو
المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام
ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر عام على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا
الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك
وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا
للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا
فان عجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به ويكون
بمشورة من اهل الراي والنظر فاذا فعل وتعدى رجل وباع باكثر من ذلك القدر
اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا
عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام جاز لانه غير
مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف
المذكور في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر
العام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة من اهل الفتنة لانه تسبيب
الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة فلا باس بالبيع منه

لانه يحتمل ان يستعمله في الفتنة ويحتمل ان لا يستعمله فيها فلا يكره بالشك قال
ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تحصل بعينه بل بعد
تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقع بعينه قال ومن
اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او بيعة او كنيسة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية
وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية
وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد
لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنايس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار
لظهور شعاير الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب
اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام ظاهرة فيها فلا يمكنون فيها ايضا هو
الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يكره له لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عشرا
حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب
من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية
قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا
لا باس ببيع ارضها وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص
شرعا فصار كالبناء ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام مكة حرام لا يباع رباعها
ولا يورث ولانها حرم محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا
ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في البيع بخلاف البناء لانه
خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من اجر ارض مكة فكانما اكل
الربا ولان اراضي مكة تسمى السوايب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكنها غيره قال ومن وضع درهما عند
بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو اخذه ما شاء

[illegible] لا وقد نهى النبي عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي له ان يستودعه
ثم ياخذ منه ما شاء لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الاخذ
مسايل متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول
ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القران ويروى جردوا المصاحف وفي النقط
والتعشير ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الاي والنقط بحفظ الاعراب
اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال
بالحفظ وهجران القران فيكون ذلك حسنا قال ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من
تعظيمه فصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال
ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله يكره وقال
مالك رحمه الله يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله قوله تعالى انما المشركون نجس
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا
يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله
والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه
انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الكافر جنب حكما فلا يؤدي الى تلويث
المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طايفين عراة
كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة
في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا باس باخصاء
البهايم وانزاء الحمير على الخيل لان في ذلك منفعة البهيمة والناس وقد صح ان
النبي صلى الله عليه وسلم ركب البغلة ولو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من
فتح باب هذا الفعل قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع
بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي صلى الله عليه عاد يهوديا مرض في
جواره قال ويكره ان يقول اسالك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان احديهما
هذه والثانية بمقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانها ماخوذة من القعود وكذا الاول

لانها توهم تعلق عزه بالعرش وانه محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه ماثور عن النبي
صلى الله عليه وسلم روي انه كان من دعايه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول
هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعايه بحق فلان
او بحق انبيايك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب
بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص
وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولعب وقال عليه السلم كل لعب ابن ادم حرام
الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخاطر وتذكية الافهام وهو محكي
عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه السلم من لعب بالشطرنج والنردشير
فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع
والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلم ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان
قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله بذلك
باسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته
واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان ان
النبي عليه السلم قبل هدية سلمان وهو عبد وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة واجاب
رهط من الصحابة رضوان الله عليهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه
الاشيا ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة
في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب
له يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار جايز وهو انواع

ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشرا والبيع لاموال
القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر وهو ما كان
من ضرورة حال الصغار وهو شرا ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار الاضمار
وذلك جايز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في
حجرهم فاذا ملك هولاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط للولي ان
يكون الصبي في حجره ونوع ثالث وهو ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة
والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان
اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل والولاية والحجر وصار
بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر
ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه
ولا كذلك العم والملتقط ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر
الا اذا فرغ من العمل لانه محض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر
نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق غلامه الراية ويروى
الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين
الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده تحرزا
عن اباقه لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا
عن اباقه وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح
بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا
٥ ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوه لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال
ولا باس برزق القاضي لانه عليه السلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه قاضيا
الى مكة وفرض له رزقا وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق
المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب
النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان

كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضا طاعة بل من افضل
الطاعات ثم القاضي ان كان فقيرا فالافضل الاخذ بل الواجب لانه لا يمكنه
اقامة فرض القضا الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان
غنيا فالافضل الامتناع رفقا ببيت المال وقيل الافضل الاخذ وهو الاصح
صيانة للقضا عن الهوان ونظرا لمن تولى بعده من المحتاجين لانه اذا مضى
زمان عليه يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى
الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى
منه وفي زماننا يعطى في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية
هو الصحيح ولو استوفي رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف
المعروف في نفقة المراة اذا ماتت في نصف السنة بعد استعجال نفقة السنة
والاصح انه يجب الرد قال ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم
لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل
وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه
او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان
منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد
من القرية اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت منه
فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري رحمه الله ومعنى العادي
الذي قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا
لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة
لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين
ولو ظهر لها مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما

قال

قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما كان قريبا من القرية لا ينقطع
ارتفاق اهل القرية عنه فيدار الحكم عليه وعن محمد رحمه الله انه اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الشيخ
الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الايمة السرخسي اعتمد على ما قاله ابو يوسف
ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذن الامام لم يملكه عند ابي حنيفة
وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت
يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب شرع
ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان
يختص به بدون اذن الامام كما في ساير المغانم ويجب فيه العشر لان ابتدا توظيف
الخراج على المسلمين لا يجوز الا اذا سقاه من ما الخراج لانه حينيذ يكون ابقاء
الخراج على اعتبار الماء ولو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل ان
الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني
احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق
به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا
ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله
ان طريق الاول في ارض الرابع لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه ويملك
الذمي بالاحياء كما يملك المسلم لان الاحيا سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلاء عن اصلنا ؟
عندنا قال ومن حجر ارضا فلم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام منه ودفعها الى
غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر
والخراج فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس
باحياء ليملكها لان الاحياء انما يكون للعمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا

يعلمون بالاحجار او يعلمونها بالحجر غيرهم عن احيائها فبقي غير مملوك كما كان هو
الصحيح وانما يترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلث
سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى اهله ووطنه وزمان اخر
يهيي فيه اموره وزمان اخر يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما
دونها من الايام والساعات والشهور لا تفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها
فالظاهر انه يتركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه
المدة ملكها لتحقق الاحيا منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو
اشتراه يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان يغرز حولها اغصانا يابسة فعل؟
او ينقي الارض من الحجارة او يحرق ما فيها من الشوك او يحصد ما فيها من الحشيش
او يجعل حولها الشوك او التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من
الدخول او حفر من بير ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها
وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احيا ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها
ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار يكون احياء لوجود الفعلين
ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذلك
اذا بذرها قال ولا يجوز احيا ما قرب من العامر ويترك مرعا لاهل القرية
ومطرحا لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا
يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة النهر والطريق وعلى هذا قالوا لا يجوز ان
يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي منها الناس لما
ذكرنا قال ومن حفر بيرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض
موات باذن الامام عنده وبغير اذنه عندهما لان حفر البير احيا قال فان او باذنه صح
كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بيرا فله حريمها
اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح
انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت

للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله اربعون
ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن
اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته
للاستقاء وقد يطول الرشا وبير العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد
عنده صح من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى من
الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع
الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه
قد يستقي من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه
يمكنه ان يدير الناضح حول البير فلا حاجة الى بعد المسافة قال وان كانت عينا
فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين
تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء
ومن موضع يجري فيه الماء الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة
اذرع بالتوقيف في الاصح خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن
والذراع هو المكسرة وقد ذكرناه من قبل وقد قيل ان التقدير في العين والبير
بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء
الى الاخر فيتعطل الاول قال ومن اراد ان يحفر في حريمها منع من ذلك كيلا يودي
الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع
به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان حفر اخر بيرا في حريم الاول للاول ان يصلحه
ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره
به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يوخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم
يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف
وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن
الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله ان يجعل الحفر

تحجيرا وهو تسييل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الماء
فغير الضمان لانه متعد فيه حيث حفره في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا وراء حريم الاول
فذهب ماء البير الاولى فلا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب
الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما
يصلحها وعن محمد انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم
لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء
على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسماية ذراع والشجر تغرس في
ارض موات لها حريم ايضا حتى لا يكون لغيره ان يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى
حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدار بخمسة اذرع به ورد الحديث قال
وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز عودها اليه لم يجز احياه لحاجة العامة
الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في
ملك احد لان قهر الماء دفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في
ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا
له مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في
ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع
به الا بالحريم لحاجته الى المشي لاجل تسييل الماء ولا يمكنه ذلك في بطن النهر عادة والى
القاء الطين ولا يمكنه النقل الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله
ان القياس ياباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها في
النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستيفاء ولا
يمكن الاستيفاء بدون الحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت
اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه بنعدم اليد والظاهر
يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولو كانت مسئلة مبتداة فلهما ان
الحريم في يد صاحب النهر لاستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه

اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما واما معنى فمن حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع
باب ليس في يدهما والمصراع الاخر معلق على باب لاحدهما فانه يقضي للذي في يده
ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به
استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان دافعا به ما نهر
فالاخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط
لرجل ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل
الى جنبه مسناة ولاخر خلف المسناة ارض تلازقها وليست المسناة في يد واحد
منهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى
طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد واحد منهما معناه ليس عليها غرس ولا
طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه شيء فصاحب
الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف
ايضا وثمرة الخلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما
القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقد قيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما
المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر
اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم ان عند ابي يوسف رحمه الله الحريم
مقدر بمقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رحمه الله مقدار بطن النهر
من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بير او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب
لبني ادم والبهايم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق
الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يسيل منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك
والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي
وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه

حق الشفه على الانطلاق وحق سقي الارض بان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منها
نهرا ليسقيها فله ذلك ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة
في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع
الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته اي جانبه
فتغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحا عليه لان شق النهر للرحا كشقه للسقي
والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفه ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس
شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشفه خص عنه الاول
فبقي الثاني وهو الشفه ولان البير ونحوه ما وضع للاحراز والمباح لا يملك بدونه كالظبي
اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفه ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء
الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى الضرر وهو مدفوع
واذا اراد رجل سقي ارض احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه
حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع
الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع عنه حق غيره كما في الصيد
الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه
انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان البير او العين
او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفه من الدخول في ملكه اذا كان يجد
ماء اخر في غير ملك احد وان لم يكن يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشرب او ان
تمكنه من الدخول للشفه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح
فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه لان
الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفه ولو منع
من ذلك وهو يخاف على نفسه العطش او ظهره فله ان يقاتله بالسلاح لانه قصد
اتلافه بمنع حقه وهو الشفه والماء في البير مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء
حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البير

ونحوه الاولى ان يقاتله بغير سلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير السلاح كالعصا لانه ارتكب معصية فقام
ذلك مقام التعزير له والشفه ان تاتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرده من
الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع عنه لان الابل لا ترده في كل وقت
فصار كالمواتيه وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع
والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء للوضوء وغسل الثياب في الصحيح
لان الامر بالوضوء والغسل موجب عليه فالمنع فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع
وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الصحيح لان الناس يتوسعون
فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي نخله وارضه وشجره من نهر هذا الرجل
وبيره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت
شركة الشرب لان في ابقائها قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة
تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره
فلا باس به لانه حقه فيجري فيه الاباحة كالماء المحرز في اناء به **فصل في كرى الانهار**
الانهار ثلثه نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم كالفرات ونحوه ونهر مملوك
دخل ماؤه تحت المقاسم الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص و
الفاصل بينهما استحقاق الشفعة وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين
لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من الخراج والجزية دون العشور و
الصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوايب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر
الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال
عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من يطيق العمل من الناس ويجعل
مؤنتهم على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت
المال لان الحق لهم والمنفعة يعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على
كريه دفعا للضرر عن بقية الشركاء وضرر الابي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به

العام وهو

الانشقاق

به الضرر العام ولو ارادوا ان يحصنوه خوف الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي
وفساد الطرق يجبر الآبي وان لم يكن كذلك فلا يجبر الآبي لانه موهوم بخلاف الكري
لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا وقيل يجبر
الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع
على الآبي بما انفقوا اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا جبر
لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوزوا
ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى
آخره بحصص الارض والشرب لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل
ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب
الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه
اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله
والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري
ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه
وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من
الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى في الشرب والاختلاف**
في التصرف فيه ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض
ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى
واذا كان نهر لرجل في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه
ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان
لم يكن في يده ولم يكن الماء جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له فانه قد كان له
مجرى الماء في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له به لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او

المسيل في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم
واختصموا كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة و
الضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر
النهر فليس له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على
ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد في
نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكن ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير
تراض لان فيه اضرارا بهم وليس لاحد ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضا
اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل الموضع المشترك بالبناء الا ان يكون رحى
لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا
ضرر فيه على غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بينا من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن
سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا
ولا قنطرة بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم بمنزلة طريق
خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه قنطرة او يستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا
مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف
في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر على الشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع
فم النهر لانه يكسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخر الكوة عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع
منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل
كوته او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار
سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير
موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسمه بالايام
ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان [illegible]

كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله
لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد
منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس
لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب
لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في
ارضه الاولى حتى ينتهي الى ارضه الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه لان الارض
الاولى تنشف بعض الماء حتى يسقي الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك
اراد احدهم ان يفتح فيها بابا الى دار اخرى لانه يستوفي ساكنها غير ساكن هذه الدار
التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه
كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك
لما فيه من الضرر بالاخر وكذا لو اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى
قد تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض
القسمة وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب
باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة
والوصية حيث لا يجوز هذه العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال
متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت هذه العقود فالوصية بها
باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل وفي الخلع حتى يجب رد
ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى
لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض
كما في حال حياته وكيف يصنع به الامام الاصح انه يضمه الى ارض لا شرب لها
فيبيعها باذن صاحب الارض ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه
فيصرف الزائد الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا
بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعها ويصرف الثمن الى ثمن الارض في الفاضل

الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها الى ارض
رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

الاشربة سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال رحمه الله الاشربة
المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير
ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام
فيها في عشرة مواضع الاول في بيان ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار
مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض
الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود
في كل مسكر ولنا انه اسم خاص لما ذكرنا باطباق اهل اللغة ولهذا اشتهر استعماله
فيه دون غيره ولان حرمة الخمر قطعية وفي غيره ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا
لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيما ذكرنا فان النجم مشتق
من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث
الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني فالمراد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة
والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهو الذي ذكرناه في الكتاب وهو قول ابي حنيفة رح
وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا
المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية
الشدة وكمالها بالقذف بالزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام
الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد وتكفير المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ
في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير
معللة بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من ينكر حرمة عينها ويقال ان السكر

هو المحرم لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا الكفر ادهو جحود
نص الكتاب فان الله تعالى سماه رجسا والرجس محرم العين وقد جاءت السنة
المتواترة في تحريم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليلها يدعوا الى كثيرها
وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربها اللذة بالاستكثار منها بخلاف
ساير المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمها الى ساير المسكرات
والشافعي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل
لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة
غليظة كالبول لثبوتها بالدلايل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها
لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها
وغاصبها من المسلم ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر
لعزتها وقال عليه السلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في
سقوط ماليتها والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له
دين على مسلم فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يوفيه لانه ثمن بيع
باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه وصار كبيع الميتة ولو
كان الدين على ذمي يجوز ان يوديه والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم
جايز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بحرمها النجس حرام ولانه واجب
الاجتناب وفي الانتفاع اقتراب والثامن يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله
عليه السلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الحد مشروعا وعليه انعقد اجماع
الصحابة وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يوثر فيها لانه للمنع
من ثبوت الحرمة لا للرفع بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر على ما قالوا لان
الحد في القليل عرف في النيء خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى واما العصير

١٥٧

هو المطبوخ ادنى طبخة

اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه
بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على
الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب
وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا
للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه
وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا
امتن علينا به والامتنان بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم
ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة
مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون
رزقا حسنا واما نقيع الزبيب فهو النيء من ماء الزبيب وهو حرام اذا غلا
واشتد ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي رحمه الله وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة
هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها
اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب الحد
بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر
غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما فيهما لانها مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف
الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه
لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر
من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس
به قالوا هذا الجواب على العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ
من الحنطة والذرة والشعير والعسل حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا
يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النايم ومن
ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وكذلك عن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه

اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا
وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رح
ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يعني يغلي ويشتد
ومعنى قوله ولا يفسد اي لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض
دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه
وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الوجه الذي ذكرناه فيما يحرم اصل
شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع
الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وفي
المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد
اذا شرب منه ما يغلب على الظن انه لا يسكر من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي
على ما نذكره ان شاء الله قال ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد قال سقاني
ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته
بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان
المروي عن حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي عن عليه السلام انه نهى عن الجمع
بين التمر والزبيب وبين الزبيب والرطب وبين الرطب والبسر محمول على حالة الشدة
وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والشعير
والذرة حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان
من غير لهو ولا طرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا
يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد
فيما يتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه فيه والاصح انه يحد فانه

روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير فصل وهذا لان الفساق يجتمعون
على ذلك في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من
الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح انه يحل لان كراهية لحمه لما في اباحته
من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب
اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال مالك ومحمد والشافعي رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي
اما اذا قصد به التلهي فهو حرام بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك
وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام
ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة
منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما
قوله عليه السلام حرمت الخمرة لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر
من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف يقتضي المغايرة ولان
المفسد القدح المسكر وهو حرام عندنا والخمر انما حرم القليل منه لانه لرقته
ولطافته يدعو الى الكثير واعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه
غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على
القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يذهب ثلثاه ثم يصب عليه الماء
حتى يرق ثم يطبخ حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف
ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى ذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثا العنب ولو طبخ العنب كما هو
ثم عصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه انه
لا يحل ما لم يذهب ثلثاه وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار
كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل

حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكفي فيه ادنى طبخ فعصير العنب لا بد ان يذهب
ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع في الطبخ بين عصير العنب
ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم نقع فيه تمر او
زبيب ان كان ما نقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ
من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع لم يطبخ والمعنى فيه جهة
تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درءه
ولو طبخ الخمر وغيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت
فلا يرتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير
لقوله عليه السلم في حديث فيه طول كنت نهيتكم عن الانتباذ في الظروف فانتبذوا
فيما شئتم فان الظروف لا تحل شيئا ولا تحرمه ولا تشربوا مسكرا قال هذا بعد
ما كان نهى عنه فكان نسخا وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا
يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشربه الخمر
بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا
ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء
صافيا غير متغير حكم بطهارته قال واذا تخللت الخمرة صارت حلالا لاستواء
صارت خلا بنفسها او طرح فيها شيء ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رحمه الله
يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان
كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من
الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلم نعم الادام الخل
ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث انه تسكن
الصفراء او يكسر الشهوة ويتغذى به والاصلاح مباح وكذا الصلاح اعتبارا
بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد مباح فاشبه الاراقة
والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الزمن الثاني فيختار من ابتلي به

عن فصل

وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم

واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر
وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملأ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي
الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز
ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا يسقى ذميا ولا يسقى صبيا للتداوي و
الوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قادت
الى الخمر فلا باس به كما في الكلب تقاد الى الميتة ولو القى الدردي في الخل فلا باس
لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي
شارب الخمر الدردي ما لم يسكر وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزء الخمر
ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لان الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا عنه فاشبه غير
الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب
عليه الماء بالمزج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم
ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها به ولا
يحد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر
فيه **فصل في طبخ العصير** الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد
يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق
من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب منه ستة دوارق ويبقى
الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان يجعل
كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل هذا ان العصير اذا صب عليه ماء قبل
الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو
الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا يطبخ الجميع
حتى يذهب الثلثان ويبقى الثلث فيحل لانه ذهب الثلثان من الماء والعصير والثلث

ان عنه

الدورق مكيال يسع ... اربعة امنان ...

وا ... اخره

الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب ثلثاه بيانه عشرة
دوارق من عصير وعشرون دورقا من الماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع
لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة
ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى
حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصله ان العصير اذا طبخ بعضه واهريق
بعضه يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان في السبيل فيه ان ياخذ ثلث الجميع
فيضربه في الباقي بعد المنصب ثم يقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ
قبل ان ينصب منه شيء فما خرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير
طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال ياخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث
ويضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم يقسم العشرين
على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ من قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل
جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى
هذا تخرج المسايل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير
المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه
اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فان اكل منه فلا تاكل لانه انما
امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع
بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا
كما في الاحتطاب ثم جملة هذا الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني
في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال يجوز الاصطياد بالكلب
المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته

من ذي ناب من السباع او ذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك
الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح
الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا عن
حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن
ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد
لعلو همته والدب لخساسته والحق بعضهم الحداة بخسته والخنزير مستثنى ايضا
لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ولا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث ايضا متعلق به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له
فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم
البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ايضا ولان بدن
البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك المألوف ما هو
عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد
الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل
ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمة الله عليهم لان فيما دونه مزيد
الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة
له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي
بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع
هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل
لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظن الصايد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير
لا تثبت اجتهادا بل نصا وسماعا ولا نص فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في
جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل الا
بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار
كالتصرف المباشر في حال سكوت المولى له انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد

جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك
بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازه وذكر اسم الله تعالى عليه عند
ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
ولان الكلب والبازي آله والذبح لا يحصل بمجرد الالة الا بالاستعمال وذلك
فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين ثم لا بد من التسمية عنده ولو
تركها ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد
من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان
من البدن بانتساب ما وجد من الالة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم
من الجوارح مكلبين ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في
تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط ذلك رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا
قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على
مالك و الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا
لم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يوكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده
حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي
اخذها من قبل فما اكل منها لم تظهر الحرمة فيها لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان
كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته تثبت الحرمة فيه
عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد ينسى
ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود
قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود ما حصل من كل وجه لبقائه صيدا
من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة
لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الراي

وجد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضا
ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به
عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من صيده ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم
ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه
وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من الكلب المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها
اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا
اذا وثب الكلب فاخذ منه القطعة لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من
الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك
لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه قطعة فاكلها ثم ادرك
الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يوكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى
ما نهشه ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة
فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل
ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه كان اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة
الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون لياكلها
وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف الصيد بقطع البضعة منه فيدركه والاكل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال
فان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم
يوكل وكذا البازي وكذا السهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
اذ المقصود هو الاباحة بما جعل ذكوة ضرورة على سبيل البدل ولم تثبت قبل موته
فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من
الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر
على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو

قايم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار نفس الذبح لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على قدر تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم
على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة قدر ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا يرى
انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس
بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الالة لم يوكل وان لم يتمكن
لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا
فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج
ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي من الحياة اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا
وقعت شاة في الما بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله
لا يوكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على
ما نذكره ان شا الله تعالى وهذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله
عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والتي بقر الذئب بطنها
وفيها حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا
من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كانت بحال لا يعيش مثلها لم يحل بالذبح وقال
محمد رحمه الله ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه
الحياة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه
ذبحه لم يوكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت
به فالتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة
فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة رح
ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه
الى صيد واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد فلا
يمكنه الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله

علي

على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية
الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده
والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان
الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما
فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن
حتى يتمكن ثم اخذ الصيد فقتله يوكل لان مكثه ذلك حيلة منه لاخذ الصيد
لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب
صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال
قايم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب اخر ولو قتل
الاول ثم جثم عليه طويلا ثم مر به اخر فقتله لم يوكل الثاني لانقطاع الارسال
بمكثه وهذا اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ فانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو
ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شي ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يوكل
وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن كما بيناه في
الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا ولا يدرى ارسله انسان او لا لا يوكل
لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم
يجرحه لم يوكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما تقدم وهذا يدلك على
انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس به لانه
جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض
سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه الخنق قال وان شاركه كلب
غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يوكل لما
روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المحرم والمبيح فيغلب جهة الحرمة
نصا او احتياطا ولو رده عليه الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره
اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده عليه

المجوسي بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق
المشاركة وتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرد الكلب الثاني
على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس
باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان
تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه
لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال ولو ارسل كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره
فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب
ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما هو في نسخ الاي والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر
دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل
من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي.
وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس به لان الزجر
مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل
المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه
وضربه فوقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله
الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل
عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما ثم قتله الاخر اكل
لما بينا والملك للاول لان كلب الاول اخرجه عن كونه صيدا الا ان الارسال
من الثاني حصل حال كونه صيدا والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال
فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج لانه خرج عن الصيدية
بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي** قال ومن سمع حسا فظنه حس صيد
فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل
المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص

من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف
السباع لان الاباحة تؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال
فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل
اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما
يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى
الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان
الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق
بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي
هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب
صيدا ولا يدري ناد هو او غير ناد لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس
ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد
وفي اخرى عنه انه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه
ادميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه قال واذا سمى الرجل
عند الرمي اكل ما اصابه اذا جرحه السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم الة له
فيشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من
الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بينا قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بينا
الذكوة بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا
وقع السهم في الصيد فتحامل حتى غاب ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان
قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كره
اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت
بسبب اخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا
انا اسقطناه فيما اذا لم يزل في طلبه ضرورة لانه لا يعرى الاصطياد عنه ولا
ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي

روينا، حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه ولم يبت يحل فان بات ليلة
لم يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب
في السهم في جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح
او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل لانه من المتردية وهي حرام بنص الكتاب
ولانه احتمل الموت بدون الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك
قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري لعل
الماء قتله ام سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي
اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن الاحتراز عنه فصار الاصل
ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة
احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف
بحسب الوسع فيما يمكن التحرز عنه وذلك كما اذا وقع على شجرة او حائط او اجرة
ثم تردى الى الارض او رماه وهو على جبل ثم تردى من موضع الى موضع حتى
تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف
اجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع
على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كما اذا وقع على جبل او ظهر بيت
او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه على هذه الاشيا وعلى
الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يوكل لاحتمال
الموت به وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة
الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما اذا اصابه حد الصخرة
فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل في الاخرة على غير حالة الانشقاق
وهو انه لم يصبها منها الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وهذا اصح وان كان
الطير مائيا فان كان بعد الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمس لم يوكل كما

اذا وقع في الماء قال وما اصاب المعراض بعرضه لم يوكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب
بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة
على ما قررناه قال ولا يوكل ما اصابته البندقة اذا مات بها لانها تدق وتكسر
ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذا اذا رماه بحجر وكذا اذا جرحه قالوا
معناه اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه
حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه
حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل
لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع
بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج ولو
رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا
كان له حد فبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل
في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا
كان الموت مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح
او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او سكين فاصابه بحده حل وان
اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء
ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن
مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم
قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله
عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت
كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم
يسل منها الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه ولو اصاب
السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه يحل والا فلا وهذا يويد بعض ما ذكرناه
قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولم يوكل العضو

وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكوة الاضطرار
فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت
لانه ما ابين بذكوه ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف
الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام
الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع
حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم قوله ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه
لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة
فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل في ان المبان من الحي
حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة يكون حي
بقدر ما يكون في المذبوح من الحياة لانها حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وفيه
هذا القدر من الحيوة او تردى من سطح او جبل لا يحرم فيخرج عليه المسايل اذا ثبت
هذا فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلث ما يلي القوايم او اقل من نصف
الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده نصفين
او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان
والمبان منه لان حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث لان المبان منه ح
وان تناول بعمومه السمك وما ابين منه ميتا لان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه
ولو ضرب عنق شاة وابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه
النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل الاوداج لا يحل وان لم تمت حتى قطع
الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام
والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة ساير اعضايه وان كان لا يتوهم بان
بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال
ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه
في الذبايح ولابد منه في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهم من اهل الذكوة اختيارا

اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن
حيز الامتناع فرماه اخر فقتله فهو للثاني لانه هو الاخذ وقد قال صلى الله عليه وسلم
الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل
لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف
الوجه الاول وهذا اذا كان الرمية الاولى بحال ينجو منها الصيد لانه حينئذ يكون
الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كانت الاولى بحال لا ينجو منها الصيد بان لا يبقى
فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف
الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كانت الرمية الاولى بحال لا يعيش
منها الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او
دونه فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يحرم برمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة
به عنده وعند محمد رحمه الله لا يحل لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما
عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد
سواء فلا يحل قال والثاني ضامن قيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي
اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف
يعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان
الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل
كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بجراحته فلا يضمن قيمته
كلا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري
قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا
بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير
وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين
فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك الغير فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين
لان الاولى لم تكن بصنعه والثاني ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان
والثانية

بالرمية الاولى صار بحال يذكوة الاضطرار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه
نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل اللحم فيه وان كان
الثاني رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى
صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله فانه لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال
ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص
بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال
ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او دفع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه
من الرهن كالديون والاصل في شرعه قوله تعالى فرهان مقبوضة وما روي انه عليه السلام اشترى
من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد انعقد الاجماع على ذلك ولانه عقد وثيقة لجانب
الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة قال رحمه الله الرهن
ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع
فيتم بالمتبرع وحده كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه عقد يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا
يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر
الرواية لانه قبض بحكم عقد شرعي فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء فاشبه الغصب بخلاف الشراء
لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب للضمان ابتداء والاول اصح
قال فاذا قبض المرتهن محوزا متميزا مفرغا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله
فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما

ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل
في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه
لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه
لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فهلاكه لا يسقط الدين كهلاك الصك
وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فلو كان مضمونا صار ما اقتضاه العقد لا
لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للرجل الذي ارتهن فرسا
فهلك في يده فسأله عليه السلام عن ذلك فقال ذهب حقك وقال عليه السلام اذا عمي
الرهن فهو بما فيه قالوا معناه اذا اشتبهت قيمته بعد ما هلك واجماع الصحابة و
التابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية ضمانه وجعله امانة خرق له
وقوله عليه السلام لا يغلق الرهن المراد به الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له هكذا
ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد
والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم
وفارقتك برهن لا فكاك له والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على
وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصولا اليه وذلك
يثبت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون
عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك
يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا
بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه
الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة
حتى كانت نفقة العين المرهونة على الراهن في حياته وكفنه بعد وفاته وكذا قبض
الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض
ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ
الذمة من ضرورات كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا

بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا
بالبيع فتخرج على هذين الاصلين عدة من المسايل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها
في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه
وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع
وسياتيك البواقي من الفروع في اثناء المسايل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح
الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
قال رحمه الله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها
فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد
العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة به وان كان
لا يجب الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا اعتبر قيمته
يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا
لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من
قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا
لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل في يده امانة لان المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع على
المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن
مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن
على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه فانه قال يترادان الفضل في
الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا
بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان المرتهن
يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة
مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد
بالترادّ المذكور فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن

امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان
الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة
والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي حبسه عند القاضي كما بيناه
على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض
الرهن قبض استيفاء فلو وجب القضاء قبل احضاره تكرر الاستيفاء على تقدير
الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل فاذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا
لتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن
يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد
فيه ان كان الرهن في يده مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها
في حق التسليم كمكان واحد فلا يتمكن فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان
مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا
يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من
مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على
بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين
لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على احضاره وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه
ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين
ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو
المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء
كل الدين يكلف احضاره لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن
يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل
عبد الرهن خطأ حتى قضي على عاقلته بالقيمة في ثلث سنين لم يكلف الراهن قضاء
الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار جميعها
كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمته دينا بفعل الراهن ولا بفعل منسوب

اليه وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد عدل
وامره ان يودع غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن
لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضع العدل
في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا
ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم
يقبض شيئا وكذا اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي
اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى
يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء
الدين فلا يملك المطالبة قال ولو كان الرهن في يده فليس عليه ان يمكنه من البيع
حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم حتى يقضي الدين على ما بينا ولو قضاه
البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يقضيه البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا
قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق
الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا
عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده
وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو
هلك في يده سقط الدين اذا كان فيه وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان
ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق
الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر
ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل
كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه
وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رحمه الله معناه ان يكون الولد
في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة فان حفظ بغير من في

عياله او اودع ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك
بدلايله في الوديعة قال واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب
بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره يضمن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون
فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة
ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان
من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على
كتفه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين
لان العادة جرت بين الشجعان ان يتقلدون بسيفين في الحرب ولم تجر العادة
بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن جرت عادته بالتجمل بخاتمين
ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذي
يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن
على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء
كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له
فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة
في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معنى ذلك لانه علف الدواب ومن هذا الجنس
كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او رده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو
على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه وكذلك
اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل
الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يده لاستيفاء ما لم يرده فكانت من
مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء فان كانت قيمته

الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لأنه أمانة في يده والرد
لإعادة اليد وهي في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على
المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإنها كلها تجب على المرتهن وإن
كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت
له فأما الجعل فإنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجروح
والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة
والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن
لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق
وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما وجب على الآخر
بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به إذ لم يأمره لأن ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة
أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي قال أبو يوسف يرجع في الوجهين
وهو فرع مسألة الحجر والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي
يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتني على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا
لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل حكم الرهن وهو
تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص
أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام
ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد
من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة
وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة لزوم
غرامة القسمة وهو فيما ينقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبلها وههنا الحكم ثبوت
يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة فلا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل
حكمه على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير

كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من الابتداء وجه الأول
أن الامتناع لعدم المحلية والابتداء والبقاء في ذلك سواء كالمحرمية في باب النكاح
بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي
الغرامة على ما بيناه ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في
بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا يجوز رهن ثمرة على رءوس النخل
دون النخل ولا زرع في الأرض دون الأرض ولا النخل في الأرض دونها لأن المرهون
متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى المشاع وكذا إذا رهن الأرض دون النخل
أو دون الزرع لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إذا كان
متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة
أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار
بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع
الأرض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة
وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيها ثمر يدخل في الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا
تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة إلى إدخاله
من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع
بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في بيعها لما ذكرنا في الثمر ويدخل
البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق
بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله لأن الرهن
جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة
وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم
حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها
إليه لأن الدابة مشغول بها فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء

بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة اليه مع السرج
واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزع منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة
الثمر مع النخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يجوز الرهن بالامانات
كالودايع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن مضمون
فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح
بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا
هلكت لم يضمن البايع شيا لكنه يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن فاما
الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بمثله او بالقيمة عند الهلاك مثل المغصوب
وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح في دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه
ان كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح
قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق ان الرهن للاستيفاء
ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى الزمان المستقبل لا يجوز اما الكفالة
لالتزام المطالبة والتزام الافعال فيصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلاة
ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب
فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود
وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم فهلك في يد المرتهن فانه يهلك
بما سمي من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة
الرهن الذي يصح على تقدير وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشرا والمسلم فيه
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة
وباب الاستبدال فيه مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المالية وهو مضمون على ما مر والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير
مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شي لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه
فان هلك الرهن براس مال المسلم وثمن الصرف في مجلس العقد تم الصرف والسلم

وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات
القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه
يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك
رهنا براس المال حتى كان له ان يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه
رهن يكون رهنا بقيمته فان هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن
به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا
البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا
وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم
لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هولاء لعدم
المالية في الحر وام الولد وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا
بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطا
لان الاستيفاء من الارش ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري
ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك هلك بغير شي
ولا باجرة النايحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لم يقابله شي مضمون ولا
يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء
في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان
المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك
فيما بينهم لانه مال عندهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
والارتهان بها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا فرهن بثمنه
رهنا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن
مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر
انه حر وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه

رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون من جنسه وعن ابي يوسف رحمه الله
خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه
عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصغير لان قيام المرتهن
بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصي
بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز ذلك
منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفا وجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان
ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا
نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا
لدينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه
بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا
اصل هذه المسألة البيع فان الاب او الوصي لو باع مال الصبي من غريم نفسه جاز
البيع ويقع قصاصا ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة
وكذلك وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب
الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين
عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين
في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه
الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له لليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل
محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع لانه قاصر
الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده
التاجر اذا لم يكن عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده
المديون لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع منهم لانه
متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا ولو استدان الوصي لليتيم في
كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن

يقع ايفا

١٧١

يقع ايفا فيجوز وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له ان يتجر
له ليثمر ماله فلا يجد بدا من الارتهان والارهان لانه استيفاء وايفاء
نقض الدين واذا رهن الاب متاع الصغير فبلغ الصغير ومات الاب ليس للابن
ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه
بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في
مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك
قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين
على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب
حصته من ذلك للابن لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك
الجد ابو الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين
استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد
الوصي فانه خرج من الرهن وضاع من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد
البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى
والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد
في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه
متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه
واستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في
حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه ويقضي
به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع على
اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له عليه فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته
اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون
عليه بقدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن
والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه

المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي بيناه
فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن
ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدي وكذا الاخذ
لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي
بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لان له ولاية الاخذ فاذا هلك
في يده يضمنه للمرتهن باخذه بدينه لو كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه
ليس بمتعدي بل هو عامل له وان كان لم يحل الدين يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا
حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز
رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء من هذه الاشياء
فكانت محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة
لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بالجنس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله فان
عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما رحمهما الله يضمن القيمة
من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه
عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رحمه الله معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر
وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده بالوزن وعندهما باعتبار
القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير مستوفيا بقدر
الدين فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة من جنسه لانه
يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه
رهنا ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
فيحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد من مطالب ومطالب
الانسان لا يضمن ملك نفسه فبعد التضمين

الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيوف وهو معروف وغيران المبنا لا ابعج
على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة رحمهما الله وفي هذا مع ابي يوسف والحج
والفرق لمحمد رحمه الله ان قبض الزيوف استيفاء من عينها والربا فلا يمنع الاستيفاء
وقد تم بالهلاك وقبض الرهن استيفاء من محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد
امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته
مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه
الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان
يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر بل يخير ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من
جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند
محمد رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار
بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك
الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك
بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت
قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق عندهما ظاهر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر حالة
الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو اذا ما كانت
قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان
العبرة عنده للوزن لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا وان
كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال
ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة
اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة
خمسة اسداس المكسور رهنا فيجعل الجودة والرداءة ويجعل زيادة الجودة كزيادة
[illegible] منتقوصة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف
جنسها وفي نقصان المرهون وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها

سمعًا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضع من المبسوط
والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدًا على ان يرهن المشتري
شيئًا بعينه جاز استحسانًا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلًا معينًا حاضرًا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة
في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله
يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الكفالة والرهن
للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرًا في المجلس والرهن معينًا
اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينًا
او كان الكفيل غايبًا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار
لعينه فيفسد ولو كان غايبًا وحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري
من تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في العقد صار
حقًا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن
عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البايع بالخيار
ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به
فيتخير اذا فاته الا ان يدفع المشتري الثمن حالًا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن
رهنًا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى ثوبًا بدرهم
فقال للبايع امسك الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبي عن
معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى
كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بضد ذلك كفالة وقال
زفر رحمه الله لا يكون رهنًا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن
ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي به بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او
بمالك لانه قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم
انه اراد الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن

له ان يقبضه حتى يقضي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم
الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسًا بكل جزء
من اجزايه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى
لكل واحد من اعيان الرهن شيئًا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية
الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد
متحد فلا يتفرق بالتسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد
لان احد العقدين لا يصير مشروطًا في الاخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما
جاز قال فان رهن عينًا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز
وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة
واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسًا بالدين وهذا مما لا يقبل
الوصف بالتجزي فكان محبوسًا بكل واحد منهما بخلاف الهبة من رجلين حيث
لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته
كالعدل في نوبة الاخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك
يصير كل واحد منهما مستوفيًا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان (حتى يستوفي دينه)
قضى احدهما دينه كانت كلها في يد الاخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد (رهنا)
منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته (واحدا)
قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنًا واحدًا فهو جايز والرهن رهن بكل
الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في
الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما بينة على رجل انه رهنه عنده
الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت بينته انه رهن كل العبد
ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنًا
لهذا وكله رهنًا لهذا في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية
ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما

وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا عندهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل
التاريخ وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل
على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله
في حق الاستيفاء وبهذا القضاء تثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء
وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ
به لقوته واذا وقع باطلا اذا هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال
ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفناه كان
في يد كل منهما رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي
لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة
وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة
الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره
وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا
البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل
الانقسام والله اعلم بالصواب

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز
وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك
ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة
يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان
والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما
يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع
قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده
وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك

في يده هلك من ضمان المرتهن لان يده في المالية يد المرتهن وهي مضمونة ولو دفع
العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن
في حق المالية فاحدهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا
ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه
او هلك في يده لا يقدر ان يجعل العدل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا
وبينهما تنافي لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره
وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى
الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول
المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في
ملك واحد وان كان ضمن بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين
لو كانت قائمة في يده ياخذها اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا يجمع
بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع
الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه وكل ببيع ما له فان شرطت الوكالة
في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت
في ضمن العقد صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة
فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل
بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة
ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذلك بوصفه لما ذكرنا
وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل
لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم
قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر لا يبطل
منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى
بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه

قال

مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الميراث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره
وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك البيع لان الوكالة لازمة فيملكه
الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا قلنا التوكيل حق
لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق للمضارب وليس
للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه
الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بالية من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع
قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غايب
اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب
الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني لما فيه من توا حقه بخلاف الوكيل
بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن
لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر
اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف
ان الجواب في الفصلين واحد يؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قايم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض
بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن
في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل عبد الرهن وغرم القاتل قيمته
لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق
المستحق فبقي عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول
لحما ودما قال فان باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه
العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي
اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان
يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب
في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن

نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك
نفسه وان ضمن البايع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع
ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه
وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشي من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه
اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ البيع وصار الثمن له وانما
اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع
به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه
الثاني وهو ان يكون قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين
ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد
وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب
عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع
على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه
ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على
الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل
للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل
بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن
قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع عليه كما
في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته
عهدة لا يرجع به على الذي قبضه بخلاف الوكالة المشروطة في عقد الرهن لانه تعلق
بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رحمه الله هكذا ذكر الكرخي رحمه الله وهو
يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون في يد المرتهن

قال

ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد
منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه
باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بما ضمن من القيمة
وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه
فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه
والملك في المضمون يثبت لمن قرار الضمان عليه فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما
اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي والجواب عنه
انه انما رجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من
المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول
لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين
انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به
وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع
ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن
جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه
زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل
واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق
بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء
ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان
لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري
عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ
وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما كان ضرورة صيانة حقه

وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري
صبر حتى يفتك الراهن الرهن لان العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى
القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري
لما ذكرنا كذا هذا ولو باع الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان
يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع
توقف الثاني فان اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او
رهن او وهب من آخر واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان
المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته
به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة
بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته هذه
العقود اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال فان اعتق
الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ اذا كان الراهن
معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا
حيث ينفذ في بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر
لان الاجارة تبقى في مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب
اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري
قبل القبض او اعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي
وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن
في اليد اذ هو بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك
اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر
الى اداء السعاية فاذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان

الراهن موسرا او الدين حالا طولب بادائه لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة
بقدر الدين فلا فايده فان كان الدين موجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فايدة فاذا حل
الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في
قيمته وقضى بها الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى
حقه من جهة المعتق يرجع على من ينتفع بالعتق وهو العبد لان الخراج بالضمان
قال رحمه الله تاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فنذكره
ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر
من جهة الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يودي
ضمانا عليه لانه انما سعى ليحصل العتق عنده وعندهما لتكميله وهاهنا يسعى
في دين على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب
السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون
يشترط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الثابت للشريك
الساكت فوجبت السعاية هاهنا في واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبايع رواية واحدة عن ابي يوسف
والمرهون يسعى لان حق البايع في الحبس اضعف لان البايع لا يملكه في الاخرة ولا
يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري وفي المرتهن
ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يملك الاسترداد فلو اوجبنا
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له
رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله
هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه
لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره
الراهن صح التدبير بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع

البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق
لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا
خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن
موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى
المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا
قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا
يرجعان بما يوديان على المولى بعد يساره لانهما اداياه من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان موجلا
يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض
بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى
عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه
وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك
اذا استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في
يد المرتهن لقيامه مقام العين قال فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فياخذ القيمة فتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد
ما قام مقامه والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمايه ويوم رهن الفا غرم خمسمايه وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمايه
فصار الحكم في الخمسماية الزايدة كانها هلكت بافة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة
يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفا الا
انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلك المرتهن والدين موجل غرم القيمة لانه اتلف
ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمها واذا
حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه

ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان
نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا
وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط
من الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع
السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا عار المرتهن
الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن للمنافاة بين يد
العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن بغير شيء لفوات القبض المضمون قال
وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا
الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرما
وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال
الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد
الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته و
كذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما
ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة
والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود
الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة الغرما
لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم
يتعلق حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك
قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ
من العمل لزوال يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي منافية ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن
بالاستعمال لما بينا قال ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل
او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد

وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل
زوالا في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان
الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه
باكثر منه ولا باقل لان التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لان غرضه الاحتباس
بما يتيسر اداؤه ونفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته
عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لتيسر البعض
بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا
ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما
ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق فان وافق بان رهنه بمقدار
ما امره به فان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل الحق عن الراهن
لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا
دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك
ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما بيناه
وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة عن الراهن وعليه بقية الدين
للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالاكثر من قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار
به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن
لم يكن للمرتهن اذا قضاه دينه لانه غير متبرع حيث يريد تخليص ملكه ولهذا
يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين
لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للمرتهن ان لا يقبله
ولو هلك الثوب العارية قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا
به وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه
الهلاك في هاتين الحالتين كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فان القول للمعير لان القول

قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو
ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء
يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كان كالموجود ويرجع المعير على الراهن
بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفاء من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو
كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء
رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المستعير قيمته لان الحق المعير
قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقضي دينه فيردها
الى المعير ~~قيمته لان الحق قد تعلق برقبته~~ استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو استعار عبدا او دابة ليرهنها فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان
يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن
فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف
ثم عاد الى الوفاق فكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد
فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الافتكاك بمنزلة
المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالافتكاك وقد عاد الى
الوفاق ويبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول
الى المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند
الهلاك ويتحقق بالاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه يفوت
حقا لازما محترما وتعلق مثله بالمالك لا يمنع الضمان كتعلق حق الورثة
بمال المريض في مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبدا يقوم مقامه قال وجناية
المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين
وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليها المرتهن فيضمنها للمالك قال وجناية
الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بذلك الجناية على النفس جناية يوجب المال
اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن
عليه بخلاف جناية المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب المغصوب عليه
مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت واما
في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد
اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية
الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه
الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في
ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال
المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها
لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة
انه تعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية عبد الوديعة
على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه باق فصار كالمضمون
وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة
فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل
فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل
فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان
النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهو
يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر
عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار
ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه
يتقرر الاستيفاء اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان
السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف

في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق
المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه
بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن
بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر قيمته كانت في الابتداء
الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا للالف
بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة ويبقى تسعمائة في العين فاذا هلك
يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا
الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال وان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض
المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن
استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى
كذلك هذا قال فان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع
الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير
رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف
بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر رحمهم الله ان العبد
الثاني قائم مقام الاول لحما ودما فلو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء
من الدين عندنا لما ذكرنا فكذا اذا قام المدفوع مقامه ولمحمد رحمه الله ان المرهون تغير
في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض وكالمغصوب فانه يخير
المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام
العبد الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر رحمه الله وعين الرهن امانة
عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ
بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وانه مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء
الضمان وانه مشروع ولو كان العبد تراجع سعره الى مائة ثم قتله عبد يساوي مائة

فدفع به فهو على الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية
على المرتهن وليس له ان يدفع لانه ليس له ولاية التمليك ولو فدى طهر المحل
فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت
في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد
او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما جعلنا على المرتهن الفداء لقيام حقه
فاذا امتنع المرتهن عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين
الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن
فصار كالهالك وكذلك ان فدى لان العبد يصير كالحاصل له بعوض كان على
المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب
الراهن بالدفع او الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك فان فدى فهو رهن مع الام على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي
لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان
يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما في الفداء وان لم يؤد وبيع
العبد يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق
ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين
المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى
هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين
المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من ثمن العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين
المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد
لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبة العبد وقد استوفيت فيتاخر الى ما
بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه رجع على احد لانه وجب عليه

مضمون في

بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما
افديا لان النصف منه رهن فالنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن
وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن
والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا
فالقول قول من قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء
ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا
في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار
الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا
ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع
لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى
لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزم والحالة
هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور
وسنبين القولين فيه ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفدا الراهن
فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى
او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل
الدين او اكثر بطل الدين فان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس
بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كله او في نصفه فبقي
العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان
كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير
امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا
فداه المرتهن كان متبرعا كالاجنبي واما اذا كان غائبا فقد تعذرت مخاطبته

الراهن

والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون
متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لانه قائم
مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصي
وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر لانفسهم في نصب الوصي ليؤدي
ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض
التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء
الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال
المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء
الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين
للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رحمه الله وفي رهن الوصي
تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله **فصل** ومن رهن عصيرا
بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بالعشرة لان ما
يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا
للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد
الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو كان رهن شاة
قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم
لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما
اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان
البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك
على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء
الرهن للراهن وهو مثل الثمر واللبن والصوف والولد لانه متولد من ملكه و
يكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك

فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه
منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا وفيه خلاف زفر رحمه الله
لان الرهن مضمون بالدين او بجهة الدين عند توهم الوجود كما في الدين الموعود
ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه
يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق
فوهبته او ابرأته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها
ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين
كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن
في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى منه او ممن تبرع عليه بخلاف الابراء ووجه
الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب
الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقبه المطالبة مثله فاما ما هو في نفسه قائم
فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا
او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على
غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء بطريق الاداء
لانه يزول به عن ملك المحتبس مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل
على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن
يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال رحمه الله القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ
والقتل بسبب ومراده بيان القتل الذي يتعلق به الاحكام فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح
او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة
المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة
القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك ويوجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا

فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية وقد نطق به غير واحد من اخبار النبي عليه السلام وعليه
انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الاية
الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها
تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال
الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ
الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رحمه الله الا ان له حق العدول الى المال
من غير رضاه عنده لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بغير رضاه وفي قول الواجب
احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر
فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة
والقصاص يصلح لكونه مماثلا وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ
وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ
المال فلا يتعين مدفعا ولا كفارة في العمد عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب
لان الحاجة الى الكفارة في العمد امس منها في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه
كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولان الكفارة من باب المقادير
وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يلزم منه تعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله
عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رحمه الله اذا كان
تعمد ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل
به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية ولا يتقاصر العمدية باستعمال آلة لا يلبث لانه لا
يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان
قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة
للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل
القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا

الصغيرة قال وموجب ذلك على القولين المأثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب
والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية
وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب
في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان
شاء الله ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط
القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما
اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه
صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي
غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة
ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني
في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا
المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب
موضعا من جسده فاخطأ واصاب موضعا اخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل
قد وجد بالقصد الى ضربه وسواء في ذلك جميع البدن قال وما اجري مجرى
الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل
بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على
العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية
ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطأ
في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة وألحق به في حق
الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه

اي ضرب عضو بدنه لان جميع البدن كالمحل الواحد ح

فيه ح

بالة دون الة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال رحمه الله القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا
اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة ويتحقق
المساواة قال ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد والحر بالعبد للعمومات وقال
الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة
هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة ولا مساواة
بين المملوك والمالك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما
متساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان المساواة
تعتمد العصمة وهي بالدين او بالدار وقد استويا فيهما وجريان القصاص بين العبدين
يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه كما في قوله
تعالى والانثى بالانثى قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله
عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح
فيورث شبهة ولنا ما روي ان عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة
ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن
بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياق الحديث وهو قوله ولا ذو عهد
في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على
التأبيد وكذا كفره باعث له على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح قال ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى
والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما
وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل
الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله
في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق بقتله افناؤه

ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء او زنى وهو محصن والقصاص
يستحقه المقتول ولهذا يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان
علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت
لما بينا ويقتل الرجل بقتل والده لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده
ولا بمدبره ولا بمكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص
ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصا
على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال
الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز
رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد
به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما
فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وترك وفاء
وليس له وارث الا المولى فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فان له حكم
القصاص بحكم الولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني
هذه الجارية بكذا وقال المولى بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب
كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم فلا يبالى
به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله
وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لان
المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا وقد ظهر الاختلاف بين الصحابة رض
في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيهما قال وان
لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات
عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان

١٨٥

المعتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال واذا قتل عبد الرهن لا يجب القصاص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه
لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه
قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل قاتله لانه من الولاية على النفس
لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في
حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه
عمدا لما ذكرنا والوصي كالاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية
على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان
الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنها فينزل منزلة الاستيفاء
ووجه المذكور هاهنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد
الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو
لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان
يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية الانفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه
في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل وله اولياء صغار
وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك
حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم
التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا
كان مشتركا بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل
واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة

الموالين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به
وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رحمه الله وهذا اذا اصابه بحد الحديد
لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للآلة انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بيناه ان
شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بصنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية
لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة
العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما بيناه
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسألة الموالاة له ان الموالاة
في الضربات الى ان يموت دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا من قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان
الموالاة قد تكون للتاديب ولعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول
الفعل عنه ولعله اصاب المقتل من غير قصد والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية
قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة وقالا يقتص
منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعند الشافعي رحمه الله يغرق
كما ذكرنا لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها دليل العمدية
ولا مرد في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه
وفي كل خطا ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها
فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص
اثره ومنه المقص للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب
الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما
رواه محمول على السياسة وقد اومأ اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع
القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلفت الرواية في الكفارة
قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود

السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان
من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما على ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه
الكفارة لان هذا احد نوعي الخطا على ما بيناه والخطا بنوعيه لا يوجب القود
ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين
على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على
قاتليه قالوا وانما تجب الدية اذا كانوا مختلطين اما اذا كانوا في صف المشركين لا
تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال
ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي
ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله
بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى وفي شرح السير الكبير
ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا
مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة اجناس
فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بكل فعل ثلثه فيجب ثلث الدية

فصل

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد
اطل دمه ولانه باغ على المسلمين فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع
القتل عن نفسه فكان له قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير
فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة
الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في
المصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لان
السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت لا تلبث لكن في الليل
لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير مصر في الطريق
لانه لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا وان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون

عمدا

قالوا

مثل السلاح عندهما قال فان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا
فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي
والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون
للشافعي رحمه الله انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا
على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى
لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون
فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل
الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقا لهما لعدم الاختيار الصحيح
ولهذا لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا
وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر
على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه
ثم انصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن
دخل على غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء
وتاويل المسئلة انه كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من يد المقطوع
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه
القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها فاعتبر صح
لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذا الرجل ومارن الانف والاذن لامكان
رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة
في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها يجب القصاص لامكان المماثلة على ما قال في

الكتاب وهو ان تحمى المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة حتى يذهب
ضوءها وهو ماثور عن الصحابة رضوان الله عليهم قال وفي السن القصاص لقوله
تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الاخر لان منفعة السن لا تتفاوت
بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص
في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال
عليه السلام لا قصاص في عظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن
متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع
من اصله يقلع الثاني من اصله فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو
عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الالة والقتل هو الذي يختلف باختلافها
بخلاف ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الالة فلم يبق الا العمد والخطأ
قال ولا قصاص فيما دون النفس بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد ولا بين
العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في قطع طرف الحر بطرف العبد
هو يعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع
فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله
وبخلاف الانفس لان المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال ويجب القصاص
في الاطراف بين المسلم والذمي للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع
يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن
اعتبار المماثلة اذ الاول كسر العظم والثاني لا ضابط له وكذا البرء نادر
فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع
شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها
وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون
حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم

اذا استوفى ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد
ولو سقطت المعيبة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا
لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره ويسقط بفواته بخلاف
ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا
مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين
قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار
شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش كاملا لان الشجة موجبة
لكونها مشينة ويزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على
ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص حقه
فيخير كما في اليد الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء
كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص
في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه امكن اعتبار المماثلة
ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المماثلة الا ان يقطع الحشفة لان موضع
القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه
لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كلها فيمكن اعتبار المساواة
والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف
ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل** واذا اصطلح القاتل
واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الاية قيل انها نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل
فاهله بين خيرتين الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضى على ما بيناه وهو الصلح
بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه تقدير

بنص فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال
لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما
وجبت بالعقد قال فان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا
بان يصالح عن دمهما على الف فالالف على الحر ومولى العبد نصفان لان عقد الصلح
اضيف اليهما قال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن نصيبه على عوض
سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين
لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام
امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان
من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر
الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى
سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من استيفاء حقه واسقاطه عفوا
وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين لانه لا يتجزى
بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير
شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهاهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص
ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من
المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال
زفر رحمه الله يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف
الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل
الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في
الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم
لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب
غالب فالقصاص لزجر السفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال واذا قتل

واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فإن حضر واحد
قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالأول ويجب للباقين
المال وإن اجتمعوا ولم يعرف من قتل أولا قتل لهم وقسم الديات بينهم وقيل يقرع
بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل
واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب
القصاص ولأنه وجد من كل واحد جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزى — فيضاف م
ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال
ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت
العبد الجاني فيتأتى فيه خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما عنده قال وإذا قطع
رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي — واحد م
تقطع يداهما والمفروض إذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له
الاعتبار بالأنفس والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها أو نجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل
متجزي ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد
من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال
وعليهما نصف الدية لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها قال وإذا قطع واحد
يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين
سواء قطعهما معا أو على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالأول
وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيترجح بالقرعة ولنا
أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص
ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو منه

فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق في المحل وصار كما إذا قطع العبد
يمنى رجلين على التعاقب تستحق رقبته لهما قال فإن حضر واحد منهما فقطع
يده فللآخر عليه نصف الدية لأن للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق
الآخر وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به
حقا مستحقا قال وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح
إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر بالمال ولنا أنه غير متهم
فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية
حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق
الضمن فلا يبالى به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه
القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته لأن القتل الأول عمد والثاني أحد
نوعي خطأ كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الأثر
فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع
يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع
يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا والأصل فيه أن الجمع بين
الجراحات واجب ما أمكن تتميما للأول لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد
حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين — اما م
وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل البرء وقد تجانسا
بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفي بدية واحدة وإن كان قطع
يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام اقطعوه ثم اقتلوه وإن — قال م
شاء قال اقتلوه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقتل ولا تقطع يده لأن
الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر
أما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل

وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الجرح يقطع اضافة
السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كما
اذا قتله قبل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان
الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب
عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل و
ضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع قصاصا فيجتمعان
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية
واحدة لانه لما برأ منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير
فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل
ابي حنيفة وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله
انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب
له حكومة عدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال
ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية
في ماله فان عفى عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن
النفس ثم ان كان خطأ فهو من ثلث المال وان كان عمدا فهو من جميع المال
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس
ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرت الى النفس ومات لهما
ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجب القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى
فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري
والمقتصر فيكون العفو عنه عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه
يتناول الجناية السارية والمقتصرة فكذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو
قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو
غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي

ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان يجب
الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري
نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب
له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن عفو الجناية لانه
اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن
السراية والقتل ولو كان القتل خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه
وفاقا وخلافا اذ لم يذكر الاطلاق الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه
ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق
الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها
على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا
ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما
يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع
اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا
يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها
لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بينا ان شاء الله لكن عن القصاص في
الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو
فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا
وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة ان كان على السواء وان كان
في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان كان
القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا
ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد
ولا شيء فيها ولا تقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها

قال فان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات والقطع عمد
فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر
المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه
لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا
اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع
عن العاقلة مقدار مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت
والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة
فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنه فمن المحال ان يرجع عليهم
بموجب جنايته وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا
بقتلة فان كان تخرج من الثلث تسقط عنهم وان لم تخرج من الثلث يسقط ثلثه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان
العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن
قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود
كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن
نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود
فلم يكن مبريا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى
وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمن وهذا لانه استحق اتلاف النفس
بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف وكذا اذا سرى في ما برا او ما عفا وما سرى
او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف

فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه
في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل وكان القياس ان يجب القصاص الا انه
سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في
الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص
في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه
تصرف فيه فاما قبل ذلك فلم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء
واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع
وما عفا وبرا الصحيح انه على الخلاف وان قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو
استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع ان كانت
تابعة قياما بالكف فالكف تابع لها غرضا بخلاف الطرف لانه تابع للنفس من كل وجه
قال ومن له قصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن
التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس
في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتله
بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه
جرح يفضي الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل
اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو
فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم
الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها

بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على الاخر لهما في الخلاف لهما ان القصاص طريقه
الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض
كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح
قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه
الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف
الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد
بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما
عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره قال فان كان القاتل اقام البينة ان
الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط
حقه في القصاص الى المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب
الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب
فهو على هذا لما بيناه قال فان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الثالث
انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما
مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه
اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا
انه يدعي سقوط حق المشهود وهو ينكر فلا يصدق فيغرم نصيبه وان كذبهما فلا شي
لهما وللاخر ثلث الدية ومعناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على
انفسهما بسقوط القصاص فيقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا
بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر فكان
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود يضاف اليهما
فان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره
له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه
القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما

بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما
يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء
جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به
القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل
في زمان او مكان اخر والقتل بعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد
ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال
الاخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال فان شهدا انه
قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل
هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان
انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه
يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او لو اكذبهم
في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاق في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا تثبت الاختلاف
بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا
اقر الرجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما
وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد اخران على اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه
جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل منهما وجود كل
القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير
ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود
له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق
الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم بالصواب

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون

مبرئًا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب
بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيه متقوم
ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق
التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدًا فالقود سقط للشبهة
ووجبت الدية قال ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه
في قولهم جميعًا وكذا اذا رمى حربيًا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبًا للضمان لعدم
تقوم المحل فلا ينقلب موجبًا بصيرورته متقومًا بعد ذلك قال فان رمى عبدًا فاعتقه
مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
عليه فضل ما بين قيمته مرميًا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة له ان
العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية تنتقص بها قيمة
المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي
لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف
بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير
النهاية مخالفًا للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل
وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تخالف النهاية والبداية فتجب قيمته
للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرًا الى حالة الاصابة
فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد
الشهود ثم وقع السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم
فيها قال واذا رمى مجوسي صيدًا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل
وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل
والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فيعتبر الاهلية والسلب بها عنده قال واذا رمى
المحرم صيدًا ثم حل ثم وقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى اليه وهو
حلال ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام

وفي الاول وهو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه
في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية قيدها بوصف الايمان
فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به
نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء
او لكونه كل المذكور على ما عرف قال ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به
والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته قال
وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا ودية عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل
ارباعًا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان
دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من
الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن
مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعًا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال
ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير
الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسًا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا نحن والشافعي لروايته ان النبي عليه السلام قضى في
قتيل قتل خطأ اخماسًا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ
لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض

والحجة على ما ذكرنا قال ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال
الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام
قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل
بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة دراهم وقد كانت
كذلك قال ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن
البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر رضي الله عنه
هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه
الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا تقدر بها ضمان والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على الدية أو على ما بين حلة إلى
مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فترتفع الخلاف وقيل
هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على
علي رضي الله عنه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث
لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولأن حالها
أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس وكذا في
أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي
سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم
لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وللشافعي ما روي
أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي
ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذا قضى
أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف له رواية ولم يذكر في كتب
الحديث وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي

وفي الأنف الدية

المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والأصل فيه ما روى سعيد بن
المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي
المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم والأصل
في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في
الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه
تعظيما للآدمي أصله قضاء النبي عليه السلام بالدية كلها في اللسان والأنف وعلى هذا
ينسحب فروع كثيرة فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو
مقصود وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة
لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو
النطق وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت
الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم الدية على عدد الحروف
وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل إن قدر على أداء
أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال وإن عجز عن أداء الأكثر
يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لأنه يفوت
منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج
الذي هو طريق الإعلاق عادة وكذا في الحشفة دية كاملة لأن الحشفة أصل
في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل إذا ذهب
بالضرب الدية لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده
وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة
مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب
بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية إذا حلقت ولم تنبت
الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال
مالك وهو قول الشافعي رحمه الله تجب فيها حكومة عدل لأن ذلك زيادة في

أو في اللحية والشعر

الادمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار
كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان
اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين
الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره
بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد
المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل
هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على
ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان
اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل
لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى
الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه
لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضا فعن ابي حنيفة انه
لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته
وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي الخطا
والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند
مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال
وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين
الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن
المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشيا نصف
الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي
احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة
او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية

قال

قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية
المراة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة
ولا الجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك
اللبن وفي احدهما نصف الدية على ما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية
وفي احدها ربع الدية قال رحمه الله يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما
ذكره محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة للبعير وهذا
لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن
العين اذ هو يندفع بالهدب فاذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في
احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباع الدية ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر
والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد
وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر
الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس
المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فيقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء
لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه كاليمين
مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية
كاملة ثم فيها عشر اصابع فيقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة
مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع والتي فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية
الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من
الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس
من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض
الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل
كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطا فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في
الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت

والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق يفوت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن
ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لفوات جنس المنفعة وكذا لو احدبه
لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة فلا شي عليه
لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة
وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم
ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي
تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي
تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي
توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي
تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل الى ام الراس وهو
الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي ان عليه السلام
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينهي السكين الى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة
فيها لانه لا حد ينهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص
فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو
ظاهر الرواية تجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ
ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة
بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما
دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره
بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم قال
وفي الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية
فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي

ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمس عشرة وفي الامة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة
ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر
بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن
والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا
الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي
تتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا
اختلاف عبارة لا تعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة
وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة
مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير
الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت
في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل
لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيهما
لمعنى الشين الذي يلحق ببقاء اثر الغالب وهو الجراحة والشين يختص بما يظهر
منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا
من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب
المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان
عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة
ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة
العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم
وبه هذا الاثر ثم ينظر الى التفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة
يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله
ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية

لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد نصف
الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان
في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال
فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية
وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تابع للاصابع لان البطش بها وان قطعها
مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد او الرجل
فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية
واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة
البطش والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع
تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال فان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون
عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل
شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فرجحنا بالكثرة
وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها
واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات
والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلث اصابع
يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم
وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها
قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن
لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا قال وفي عين الصبي

١٩٧

وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله يجب
فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان
المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود
هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو
مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا قال ومن شج رجلا
فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل
منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات
جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله
لا يدخل لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات
وجوابه ما ذكرنا قال فان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع
الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة
تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما
جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام
مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن
شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا
وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية
في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد
كلها فلا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما
بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان

يجب الدية في السن كلها ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه لم يقع موجبا للقود فصار كما اذا
شجه منقلة فقال اشج موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في
محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخر كمن
رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراح (والدية في الثاني)
الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه السارية فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت
نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه
وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال فان قطع
اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا وزفر والحسن يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد
ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله في المسألة الاولى وهو ما اذا شج
موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في
النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص
فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن
فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه
المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في
نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا ابقى للاولى فانقلب الثاني
مباشرة ولو كسر بعض السن فسقط فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة رحمه الله
ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين قال ولو قلع سن رجل
فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش
كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية
انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم

١٩٨

يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل
ولو قلع سن رجل فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع
الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع
اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال ومن نزع سن رجل
فانتزع المنزوع سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم
لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت
مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع فكان ينبغي ان ينتظر
الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول
لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين
انا اخطانا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب
المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله
(فيما في انه) القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط
بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة
فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد
السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي
لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو
لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في
(ولو اصفر فيه دواسان) ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر
بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر قال ومن
شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند
ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رحمه الله عليه ارش الالم

وهو حكومة عدل لان الشين الذي لزمه بفعله قد زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال
محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله
فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول ان المنافع على اصلنا
لا تتقوم الا بعقد او شبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن
ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرا منه فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي
اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة
قال ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد
لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع
اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة
لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص
في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستانى في الجراحات
سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها
يسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط
القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال
القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول
يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني
يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب
ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي يجب حالة لان الاصل
ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطي وهذا عامد فلا
يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا يجبر بالمؤجل
ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان
القياس يابى تقويم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد
ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار

العمدية قدرا لا يجوز وصفا قال وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله
ولا يصدق على عاقلته لما بينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن
غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطا وفيه الدية — خمسمائة
على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمس من الابل فصاعدا والمعتوه كالمجنون
وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ
العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه
حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث
على اصله لانهما متعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي كرم الله وجهه انه جعل
عقل المجنون على العاقلة وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة
المرحمة والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة
فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على
العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق
منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة
والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف
عشر الدية قال رحمه الله معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى
عشر دية المراة وكل واحد منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه
لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان
ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى — دراهم
او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك
والشافعي رحمهما الله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال
مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل
النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه فقالوا اندي من لا صاح ولا

استهل الحديث لان العواقل لا تعقل ما دون خمس مائة ويجب في سنة وقال
الشافعي يجب في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا
ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة
في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو
من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق
التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف
العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في
ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في غير الجنين
انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الادمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر
بمقدار واحد وهو خمس مائة قال وان القته حيا ثم مات ففيه الدية
كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية
بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة
ولو ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في
الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية
في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة في الجنين
لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت
الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان
بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته
ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة
الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال
وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته
لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء
يؤخذ مقداره من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند

ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها قال
ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهايم
وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره فيصح الاعتبار
على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه
قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان
في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه
وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله
تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية
على ما ياتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء
ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر الله
مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام
لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس
وغير ذلك وكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان
نفسا والله اعلم بالصواب

ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا صح

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا
فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه
فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث
غيرهم فيه فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر
بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر
بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس
لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها
مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم

بضررهم الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر
الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما
كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم
ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او
ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه متسبب لتلفه
متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط
شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة
فان عثر بذلك رجل فوقع على اخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير
كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في الحايط
رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان
خارجا من الحايط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه
يمكنه ان يركبه في الحايط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل
حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف وهدر النصف
كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال
ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع
خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب
بها انسان فالضمان على البايع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو
الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه وان حركته
الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا لم يضمن لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم
ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر
رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا
من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا من العمل لم يكن العمل مسلما الى
رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل

في عقده

في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان
على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع
فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه
وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء
او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة
غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك
فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا
بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق
به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه
صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر
للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش
شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة
الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن
صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا وان استاجر اجيرا ليبني له في فناء
حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الامر استحسانا
ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال
ومن حفر بيرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته
وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة
تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين
في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق
فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا
فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل
به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه

فعطب بها انسان لم يضمن فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ
لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير
في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره
عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات
على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا
التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف
وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره
لان له ذلك لمصلحة والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان داره
له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان
في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعدي وهذا صحيح ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات
لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله
ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن لانه لا سبب للغم سوى الوقوع
اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد رحمه الله هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما
حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجرا
يحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها
غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا
مغرورين فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا
ان هناك يضمن المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر
ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيرجح
جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له

ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر
فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد
الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة
كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط
الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما
ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل
المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة
في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول متعد وهو متسبب والثاني
متعد وهو مباشر فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل
مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق
فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذلك اذا سقط فتعثر به انسان
وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل
فلا حرج الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه في التقييد بوصف السلامة واللابس
لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا
وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا
تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا
او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك
من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين
لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما
اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله هو ان الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه
واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا
غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة

وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على
الزنا وفي الطريق فنا لحر في الاستيذان من اهله قال فان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن
وللتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مار
او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف
وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة ولان المنتظر
للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله ان المسجد
بني للصلاة وهذه الاشيا ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس
للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان
يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر
او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي الى المسجد اذا وطي غيره والنوم
فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل
به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة ان كان
مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه
بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به
من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو
متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهوا ليس من فعله فصار
كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين
بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار
متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم

اذا طولب به حتى يضمن اذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة
هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع
المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله
تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام
منه ثم ما تلف به من النفوس يجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون
الخطا فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف
به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا
تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح
الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي فلو بني الحائط مائلا في الابتداء
قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع
الجناح وتقبل شهادة رجل وامراتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على
القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض
ليصير بتركه جانيا قال ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان
الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان
او امراة حرا كان او عبدا ويصح التقدم اليه عند السلطان او غيره لانه
مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به قال فان مال الى دار رجل فالمطالبة
الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص فان كان فيها سكان لهم ان
يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا لهم بازالة ما شغل هواها
ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا
ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي
او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم

بالنقض

ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري بري من ضمانه لان الجناية بترك
الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه جانيا بالوضع ولم
ينفسخ بالبيع فلا يبرا على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد
عليه بعد شراه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب والاصل انه يصح
التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن به لا يصح التقدم
اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته
على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حايط الصبي لقيام
الولاية وذكر الامام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله والى
المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان الاشهاد
ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان
نفسا فعلى عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد
وضمان النفس اليق بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان
كان لا يتمكن من نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو
المرافعة الى القاضي ولو سقط الحايط المايل بعد الاشهاد على انسان
فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا
اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على
الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت
على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان
كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحايط بين
خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على
عاقلته وان كان دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بيرا والحفر كان من غير رضا
الشريكين الاخيرين او بنى حايطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على العاقلة في

الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد
عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع
العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر
الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت ام
كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما وطيت الدابة وما اصابت بيدها او رجلها او راسها
او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها
والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف
في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة
مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة
بما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع عن التصرف
وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن لانه ليس
من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب
ليس يمكنه الاحتراز عنه مع التسيير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق
ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار
متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال فان اصابت بيدها او
رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عين انسان
او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكنه
التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير
عادة انما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف

قال وان اثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من عنه
ضرورات السير فلا يمكن الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا
يفعل ذلك الا بالايقاف فان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها
ضمن لانه متعد في الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة
من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها
والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رحمه الله هكذا
ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى
عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه
وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على
رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق
اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لان
فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه
النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب
قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما
مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما
اوطأته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف
اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذلك الراكب
في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء
في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة
ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر
فيه لما ذكرنا والسائق مسبب على ما ذكرناه والاضافة الى المباشر اولى وقيل

الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا
فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على
عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه لان كل واحد
منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيعتبر نصفه
ويهدر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو
المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم
بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل
المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه
انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا
وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا
حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت
برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا
في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا
والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة
المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل
ابي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا
بهذا القدر فاخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي
العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد
وهذا القدر ياخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر
يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة
فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام وغيره

وكذا ما حمل عليها لانه متعدٍ في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك
الشد وللاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ
هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط
السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطئ فان وطئ بعير منها انسانا
ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه
ذلك فقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان
الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله فان كان معه سائق فالضمان
عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة واخذ بزمام واحد
يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما
خلف السائق لسوقه ما كان قدامه قال فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد
لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة
القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدية على
العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم
في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل واحد منهما مسبب
لان الربط من القائد بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون
الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم
به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل
قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة
فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها
ضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب
في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا
يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذلك لو ارسل كلبا ولم
يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل

ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف
فعلها الى غيره وهذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى
المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان
العدوان وعن ابي يوسف رحمه الله انه يوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال
الناس قال رحمه الله وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت
في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت
يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن لها طريق اخر سواه فكذا اذا وقفت
ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد
لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود
المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب
نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل
الطريق تعدٍ فيضمن ما يتولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبب الا
بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان
مالت يمينا او شمالا وله طريق اخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت
مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار يعني
فعل العجماء هدر قال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه
لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها
ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار
وجزوره ربع القيمة وكذا في عين البغل والحمار والفرس وقال الشافعي رحمه الله
فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين
الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم
كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك
للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع

وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها
وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها قال ومن
سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها
او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس
فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعدي في تسبيبه والراكب
في فعله غير متعدي فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته
على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعدي في الايقاف
ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت
الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعدي في تسبيبه وفيه الدية
على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس
دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف
انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطي الدابة
والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه
اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطيت
رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت
في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول
فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب
وان كان علة للوطي فالنخس من حيث انه ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة
للسير والسير علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع
في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة
اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء

لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء
والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها
فوطيت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه
امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى
ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى
يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع
اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها
رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها
سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته
واذا كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق
فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك لانه متعدي بشغل الطريق
فاضيف اليه كانه نخسها بفعله **باب جناية المملوك**
والجناية عليه قال واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما ان تدفعه
بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي
المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة
بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه
هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة
ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه
كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطا ان
تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم
يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد
يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف
الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم ولا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر

وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفدا
لانه واجب واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير
ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد
لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكوة بخلاف موت
الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالجاني الحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر
قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفدا
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء
لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط
واما الفدا فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم
يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان
مات بعدما اختار الفدا لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال
فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الاولى معناه بعد الفدا لانه لما
طهر عن الجناية بالفدا جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال فان جنى جنايتين
قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه
بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها المديون المتلاحقة كالديون
الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع
ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون
العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو
قتل واحدا وفقا عين اخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش
النفس على هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار
ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة

له

بخلاف مقتول العبد اذا كان قتيلان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر
لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها فان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش
لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفدا لانه لا اختيار
بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه
اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد
لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه
لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك
لجواز ان الامر كما قال المقر والحقه الكرخي رحمه الله بالبيع واخواته لانه ملكه
في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب البيع
ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم بشرط الخيار
للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض
على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال
به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه
مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق
له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر
المولى بمنزلة اعتاق المولى لما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فيما
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها
وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب
على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص
بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن
في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا

ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزمه
المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر
فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا لان وقت تكلمه للفداء
لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى
انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط
وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية
الا ترى ان من قال لامراته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من
وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض حتى طلقت
ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد
لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه
الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر
انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضا
او بغير قضا فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده
على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه
وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري
القصاص بينها وبين اطراف الحر واذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب
هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا ثلثا م
طلق منكوحته ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف
ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر
ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا ان يجعل صلحا
عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل
على الرضا في هذا لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون راضيا بكونه

عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء فاذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء
على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا
فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك
فالعبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا
فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وهاهنا
قال يجب وبعض المشايخ قالوا ما ذكرها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا
على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق
كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي
موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية
بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا
لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد الماذون
له جناية وعليه دين الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة
لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع
بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما
بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى
الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه
دونه وهنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما قال
واذا استدانت الامة الماذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين فان
جنت جناية لم يدفع الولد معها في الدين والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب
كولد في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان
وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع

والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان
العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطا
فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرا
العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق
العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الاخر بل قتلته وانت حر
فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا
او فداء فصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امراتي وانا صبي او بعت داري
وانا صبي او قال طلقت امراتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول
قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي
فقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك القول قولها في كل ما اخذ
منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا اشياء بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان
لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة
وفي القايم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهو منكر والقول
قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا
يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت
فقال المقر له لا بل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا
لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة
وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بخلاف الوطي والغلة لان وطي
المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة
لا يجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد
المحجور عليه صبيا ان يقتل رجلا فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل

الشيء م

٢٨٠

العبد

حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الامر وكذا
اذا كان الامر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيهما باعتبار الشرع
وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا ويرجعون
على العبد الامر بعد العتق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان
اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وكذلك اذا امر عبد ومعناه ان
يكون الامر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفدا
ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفدا وقيمة
العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان
عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطا اما اذا كان كبيرا يجب القصاص
لجريانه بين العبد والحر قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما
وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه
بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا
صار كما لو وجب المال من الابتداء وكان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط
نصيب العافين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطا
فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف لولي العمد
الذي لم يعف وعشرة الاف لولي الخطا لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطا
في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفدا
فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه اليهم دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه
لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه اليهم ارباعا ثلثة ارباعه
لولي الخطا وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف
لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فينتصف
فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق
بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذاك بالنصف

ولهذه المسئلة نظاير واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد
بين رجلين فقتل مولى لهما اى قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض
النسخ قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا
احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الجواب فيه
كالجواب في مسئلة الكتاب فلم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رحمه الله في
المسئلتين ان حق القصاص يثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى
لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا انقلب مالا لا يكون على هذا الوجه ووجه قولهما
ان القصاص كان واجبا على العبد لهما فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر مالا
وذلك نصف الدية لكن شايعا في كل العبد فما اصاب نصيب نفسه سقط وما اصاب
نصيب شريكه وهو العافي ثبت فصار نصف جنايته موجبا ربع الدية فيدفع لذلك
او يفدي ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو اوجبت كل الدية
لوجب دفع كل العبد ووجه قول ابي حنيفة ان حق كل واحد منهما في نصف
العبد لكن غير معين لان كل نصف يصلح محلا للقصاص سواء كان ذلك
النصف نصيبه او نصيب صاحبه او شايعا من النصيبين فاذا انقلب نصيب
الذي لم يعف مالا انقلب في محل القصاص فيكون غير متعين ايضا فعلى تقدير
انه في نصيب نفسه بطل جميعه على تقدير انه في نصيب شريكه ثبت
جميعه وعلى تقدير انه في نصفا شايعا من النصيبين ثبت نصفه وبطل
نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب بالشك **فصل** ومن قتل عبدا
خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف فان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر
قضي له بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي
لها بخمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله تجب قيمة العبد بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا
وهلك

وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب
للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى
العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي
حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية
ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب
اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ
الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفايدة حتى يبقى بعد قتله عمدا
وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذا امر الدية وفي قليل القيمة الواجب
بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمتها رايا بخلاف كثير القيمة لان
قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته
وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد
على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار
اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان
القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه قال فان غصب امة
قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية
قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى
فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل
الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص
يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى
وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا
يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في
الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل واحد

منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه
والمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية
قد اختلف لان الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى
فينزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما قال لاخر بعني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق قاطع للسراية
وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما
انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم
متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول
ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان
ملك اليمين يغاير النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه
من له الحق وذلك في الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى
اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت
لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه
القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى
هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع
القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى
وقت الاعتاق كما ذكرناه لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب
في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الفصل الثاني ومن قال لعبديه احدكما
حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في
المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل
تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه
على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت
لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد

ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم
نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى
ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فايدته وانما صححناه ضرورة صحة
التصرف وانتساله ولانه النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة
وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقهما قال ومن فقا عيني عبد
فان شاء المولى دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان
عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد
واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمن كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل
الضمان مقابلا بالفايت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقا
احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قايمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف
لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف
النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة في حق الاطراف والضمان يتقدر بقيمة الكل
فوجب ان يملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني
حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد تفويت جنس
المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي
قلناه كما في ساير الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك
دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان
المالية ان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا
الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يومر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام
الادمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى
ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة فيها ومن احكام الثانية ان ينقسم ويملك الجثة
فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما
روي عن ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه
صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير والاستيلاد من غير اختياره الفدا فصار
كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه
لا حق لولي الجناية في الاكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير
بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف
القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفدا وجنايات
المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان
دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص
فيها ويعتبر قيمته ولكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق
قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضا
فلا شي عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضا
فالولي بالخيار ان شا اتبع المولى وان شا اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا شي على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل
الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضا ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جاني
بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الجناية الاولى ضامن لقبض حقه ظلما فيتخير
وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا تشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة
حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق
التضمين ابطالا لما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر
وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما يجب عليه بالمنع فصار
وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا
لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا
يلزمه به شي عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطا على سيده واقراره لا ينفذ على
سيده

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شي عليه و
الفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية
فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية
فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرا
الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات
في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مواخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما
نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا
للفدا فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال
ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد
الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية
الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب
عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفع اليه كيلا يودي الى اجتماع البدل و
المبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع
القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص بمزاحمة الثاني فاذا
وجد شيا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع
المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال
فان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير

عبده ورق مكتوب بلا غلط

ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت في يد الغاصب فيدفعه الى
ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول
عند محمد رحمه الله ثم وضع المسألة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده
ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له فان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى
في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب
في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى
العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده
على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين
لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب
لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة
لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال
ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده فيسلم له ولا يدفعه الى
ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق
حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى وقيل
على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله وهو ان في الاولى الذي يرجع به عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا
يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسألة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية
لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه ومن غصب صبيا حرا فمات في
يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة
الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول
زفر والشافعي رحمهم الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا

صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى وجه
الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا
لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات
والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ
الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان متعديا كالحفر في
الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو
نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن فتجب الدية على
العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته
الدية وان اودع طعاما فاكله لا يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور
عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ
به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف
الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رحمه الله في اصل الجامع
الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة
وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله
معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا
كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان كما اذا اتلفه
باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث
وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام
نفسه في الحفظ ولا اقامة هاهنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي
على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا
كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم

وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة
الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره فان استهلك ما لا يضمن يريد به من
غير ايداع لانه يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

قال واذا
وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي
بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث
استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت
الدعوى او خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة
القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او يشهد عدل
او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه
مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم
للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب
على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على
المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص
لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر وروى ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم
ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق
ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة
وقولهم يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين
حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة لما ان

تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول
فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما
تفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس
بشهادة قال واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي
ولا يقضى له بالجناية وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام
في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد
في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام
جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم
وكذلك جمع بينهما عمر رضي الله عنه على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول
على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة شرعت عما وجبت له
اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر
القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت
البراءة عن القصاص ثم تجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود
القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة على ما عرف
في القتل الخطا ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين مستحق
فيه لذاته تعظيما لامر الدم فلهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في
الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى عليه
وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي
القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى
في العمد او الخطا لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم
انهم قتلوا وليه عمدا او خطا فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في
الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رحمه الله في غير رواية
الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة

ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعا عليه قبله يمينا واحدا وجهه
ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرفناه بالنص اذا كان في مكان
ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه يبقى على اصل القياس
وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية فنوجبهما
على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص
لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم
يكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم
ان حلف برئ وان نكل فالدعوة في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على الاختلاف
قد مضى في كتاب الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان
عليهم حتى يتم خمسون لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة
واربعون رجلا كرر اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسون ثم قضى بالدية وعن
شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمام هذه السنة ما
امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر
الدم فان كان العدد كاملا واراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان
المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما
ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا امراة ولا عبد لانهما ليسا
من اهل النصرة واليمين على اهلها قال فان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا
دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا
ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب
عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به
جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا
يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره

او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد
ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى
اهلها القسامة والدية ولو وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص
وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن
ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تجتمع القسامتان والديتان في مقابلة
نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا تجب فيه الموجود وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة
تجب في الموجود والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل
لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة
لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة و
الدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم
لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على
عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها
او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم
قال فان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي
عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما
كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين القريتين
فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما
اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث
فيمكنهم النصرة وقد قصروا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه
لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف

هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير يكون بالسكنى كما يكون بالملك الا ترى انه عليه السلام
جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو
المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت
ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم
على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون
المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الكل
مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق
يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب
الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل
وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله بنا ذلك على ما شاهد بالكوفة
وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم
بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال
من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى
قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على
رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة
على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا
يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور تلزمهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب
الدار فيشاركونه في القسامة قال واذا وجد القتيل في دار مشتركة نصفها
لرجل وعشرها لرجل ولاخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم
صاحب الكثير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس
بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل
فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي
في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان

كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في
الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا
كانت الدية في هذا على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض
في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله
ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك
ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض فكذا فيما فيه الخيار
لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو
اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع وهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب
فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله
العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل
العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية
على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة
قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في
ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا
على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي
عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر اليد دون الملك
كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة
فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في مسجد الجامع او الشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف
يجب على السكان وعندهما على الملاك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت
فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول
ابي يوسف رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر

ان م

ان القتل حصل منهم وهما يقولان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا تتعلق بهم ما
يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه
يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف
قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع
الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يجب عليه حفظه فلا
يوصف بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكة لاحد فان كان مملوكة فالقسامة والدية
على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه قال وان وجد
في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان
محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم
لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو
بقربه من الاراضي لانهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون الدية والقسامة
عليهم قال واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم
وقد ذكرناه والقياس والاستحسان فيه وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم
ووجه الفرق ما بيناه من قبل قال الاصل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان
القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين
من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم
قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور
القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه
عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن
قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي
الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى
تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة

لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن
اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد القتيل في معسكر اقاموا بفلاة من
الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او في فسطاط فعلى من يسكنها الدية
والقسامة فان كان خارج الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند
انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا
دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه
وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رح
خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن
نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى
عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل
من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل لانهم
كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل
على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله
انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا
من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رحمه الله
وعلى الاصلين هذين تتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على رجل من اهل
المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة
مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف
ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم
عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة

او المحل ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح
اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف
اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا
معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي
حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة
فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبل من مسئلة
القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة
وقالا وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه
فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل
في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف
المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم
ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت ليس
معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال
محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمن بالشك
ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا
وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في
النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب
على من كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان
القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة قال المتاخرون ان المراة
تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة
تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب
الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

ولو ادعى الولي القتل على رجل من اهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها
لان القسامة والدية انما وجبت على اهل المحلة لانزالهم منزلة القاتلين ٥

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان
تسفك اي تمسك والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل
على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه
في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك
للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة ولا وجه الى الاهدار والخاطي معذور
وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الالة ولا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي
ايجاب مال عظيم اجحاف واستيصال له فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة
تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وذلك بانصاره
وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة
اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين
واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان
وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على
عهد النبي عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا
قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان
وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ
بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة
والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صار بالديوان فجعلها
على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم
اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو
صلة وهو العطا اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي

عن النبي عليه السلام ويحكى عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطا للتخفيف والعطا
يخرج في كل سنة مرة واحدة قال فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين
او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم
خرجت بعد القضاء لا يوخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بيناه ان شاء الله
فلو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يوخذ منها كل
الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا
كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس او اقل كانت في سنة واحدة وما زاد
على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في
السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو
في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله وما وجب على القاتل في ماله
فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا
ان القياس ياباه والشرع ورد به موجلا فلا يتعداه ولو خمسة قتل رجلا خطا
فعلى كل واحد خمس الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل
والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداوها من وقته كما في ولد المغرور ومن
لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل وتقسم
عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها
قال رحمه الله كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على
اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلث
سنين على ثلثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث
درهم وهو الاصح قال فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليها اقرب القبايل
معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات

الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء قيل يدخلون لقربهم
وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة
وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم
الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة
اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به
ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد منهم نصف دينار فيسوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم
نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يوخذ من اصل المال
فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق
يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة
العطايا فاقيم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت تخرج ارزاقهم
في كل سنة فكلما خرج رزق يوخذ منه ثلث الدية وان كانت تخرج في كل شهر
يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث
وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ولو
كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطيات دون
الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر
عليهم الاداء منه والاعطيات تكون في الديوان القايمين بالنصرة فتتيسر عليهم
قال ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يودي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا
معنى لاخراجه ومواخذة غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شي من
الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا ولنا ان ايجاب الكل
اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبري منه اولى قال
الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ
في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا تعقل العواقل صبيا ولا امراة ولان العقل

انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء
ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امراة لا شي عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من
الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما
والفرض لهما من العطا للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم
ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة
لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل
مصره اقرب اليه من اهل مصر اخر ويعقل اهل كل مصر عن اهل سوادهم لانهم
اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل
عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان
الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب
والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى
هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في
الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان
من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو
الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون
عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطا وقيل تاويله
اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من
اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت
القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسالة الغيبة المنقطعة ولو كان
البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطا
لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل

جامعة الملك سعود

فيهم لانهم لا يستنصرون بهم فان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون
بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام
الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر
موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين
يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل فانما يتحول عنه
الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار
الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله
ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة
كاليهودي والنصراني ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف ح
لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه
الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال
زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب
هو الجناية وقد تحققت في عاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا
ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال
وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته
عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك
لكن حصة القاتل يوخذ من عطائه بالبصرة لانها توخذ من العطاء وعطاوه بالبصرة
بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في
النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي
عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل

البصرة بالدية ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا
لحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد
القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنه وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل
البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث
تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض
القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى
من ايسر الاموال والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن
مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا
تحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه
ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام
مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه يتناصر به فاشبه
ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل
من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رض
موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر
بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير
والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس
فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي
او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه السلام
اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل النفس على ما مر في الديات
وما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم
ولهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم
بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان

العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع
كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل الخطا ولم يرتفعوا الى القاضي
الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من
وقت القضاء الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي
الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما
العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء
في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في
حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه
في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر
على العبد جناية خطا كانت على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا
وفي احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا اوجب
قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به
مسلك الاموال على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال
رحمه الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك فاذا مات كان ميراثه لبيت
المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان
الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه
بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا
لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه
ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت
على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضى لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين
ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب
حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على

قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك اذا مات المكاتب
عن وفا وله ولد حر مسلم فلم يود كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم
اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاوه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو
اخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك
رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلته الدية رجعت بها على عاقلة
الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين
من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان الديات تجب موجلة بطريق
التيسير قال رحمه الله ههنا عدة من المسايل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل
الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل من ولاء الى ولاء بسبب
حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضى بها اولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل
دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضا بها او لم تقع ولو لم
يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت لوقت القضا
فان كان قضى بها على الاول لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاول
فانه يقضى بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضا وبعده الا فيما سبق اداوه فمن احكم هذا الاصل
متاملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف
الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا
فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر
في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه
من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصوده المالي ولو انهض البر

عليهم لانهم مضطرون في ذلك

البيان

يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة
بيناه وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين
وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة
قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم
تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم يصح للاجنبي
في الثلث من غير اجازة الورثة لما قلنا وسنبين ما هو الافضل ان شا الله ولا يجوز
بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال
اليهم وهو استغناوه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب
بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه
لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتحقق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث
الحيف في الوصية من اكبر الكباير وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال
الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا
معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان
لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان
يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن
الاستناد يظهر في حق القايم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة يثبت عند
الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا
ببطلان الحق لا يكون رضى ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث
واجازته البقية فحكمه ما ذكرنا وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل
الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان
السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرط القبض وصار كالمرتهن
اذا اجاز بيع الراهن ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطيا لقوله عليه السلام لا وصية

بعد ان كان مباشرا

للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي
يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية
عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة
جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان جنايته
باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود
اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا يجوز للوارث لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية
لوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف
بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت
الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من
المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث
واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت
الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان
الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض الورثة ورد بعض يجوز على
المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي
المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا
جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير
والوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حياة الموصي
او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله
كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت
الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف

استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من
الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقال عليه السلام افضل الصدقة على
ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء
او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك
هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقد قيل في هذا الوجه يخير
لاشتمال كل واحد منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين
قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي رحمه الله هو يقول
الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير
قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له
بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات ملك جديد لغيره الا بقبوله اما الوراثة
فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبوله قال
الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل
الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك
موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه
الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته
وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار
للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز
الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين ولانه فرض والوصية
تبرع وابدا يبدا بالاهم فالاهم الا ان يبريه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية
على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي
تجوز اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع
وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى

على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح
وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم او كانت
وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على
ورثته كما بيناه والمعتبر النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما
يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق
نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية
وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث لفلان وصية لقصور اهليته فلا [مالى]
يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما
مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا يصح وصية
المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله لا
يصح وعندهما تصح ردا الى مسألة المكاتب بقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو
حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول
فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح
خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى
التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما
الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية
وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة
فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية
والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق
تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية
فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه
منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر

في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع
فيه كالهبة وقد حققناه في الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب
يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال فان صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل
الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل
الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق
المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب
الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو
رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن
يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه
بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص
الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال
ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه
ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح
الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار بهذا المعنى
اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي
ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال فان جحد الوصية لم يكن رجوعا
كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي
في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود
نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان
الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعا

لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب
المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير
الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به
لرجل ثم اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال
فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا
حكمه ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية
الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال
ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع
والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه
يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا
في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما فان
اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي
بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقهما كما في اصحاب الديون
فيجعل الاقل بينهما فصار ثلثة اسهم لصاحب الاقل سهم وسهمان لصاحب الاكثر قال
وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على
اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب
ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع
الاستحقاق لحق الورثة فلا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله
ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها
بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة

الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة
بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه
وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث
وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه
لو هلك واستفاد مالا اخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما
يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية
باطلة وان اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما
يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر فيه
به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله وجوابه
ما قلناه قال وان اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد
الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا
لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه
لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن
مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ولانه يذكر ويراد
به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم
من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء
قال ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي
فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس
اخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس
مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان
السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول

هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك
وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله
له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على
الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في
الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه
جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال وان اوصى بثلث
ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث
ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة فلو كانت من جنس
واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع
جبرا بالقسمة قال ومن اوصى بثلث ثلثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي
وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة
وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر
الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال
عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل
ذي حق حقه من غير بخس فصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما
خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث
وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين لان الدين
ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما
ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله
لزيد لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا
اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف
الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو

الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي

وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد
منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت
كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن
اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت
لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا
ومن اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية
باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت
بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح
ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه
وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال
له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة وسط لانه لما اضافه الى المال
علمنا ان مراده بالوصية مالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو
اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته
الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة
وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية
باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم
بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى
بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة
اسهم قال رحمه الله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم
على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناها في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع
وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد

وهذا

جنسان صح

ثلثه فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس
فانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر
من كل فريق واحد والثلث للثالث فبلغ الحساب خمسة قال ومن اوصى
بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله
ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما
وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر
بمائة درهم ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة
وقد امكن اثباته بين الكل لما قلنا لاتحاد المال لان نصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف
ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين ثم قال لاخر قد اشركتك معهما لانه لا
يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد
بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان على دين فصدقوه
معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا
يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله
فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة
وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون
مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية وجعل التقدير فيها الى الموصى له
كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث
فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك
عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا
معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة
اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر
الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح

اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة فاذا عزل يقال لاصحاب الوصايا
صدقوه فيما شئتم ويقال لورثته صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق
المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا
شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما
اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى
المقر له الزيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي
ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك
الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى
لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث
من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل
وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح
في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق
من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
فلا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثباته بالوصف
لانه يصير الوارث به شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه
فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا
يفيد وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال
ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب منها
ولا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان
يقول الوارث لكل واحد بعينه الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا
وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة
الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فكان لصاحب الجيد ثلثا
الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون

ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون
وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق في الجيد البتة بيقين لانه
اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي
الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق
الا ثلث الجيد وثلث الردي فتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا
كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد له
نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل نصف ذرع البيت له انه اوصى بملكه وبملك
غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو ان ملكه
بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك
الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية
في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه فله مثل ذرع نصف
البيت فتنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت
تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا يتعلق الوصية
بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع لما بينا ولا تبطل بالقسمة ولهما
انه اوصى بما يستقر به ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك ينتفع
به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه
في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة
تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى
اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ
في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد
الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين اذا وقع

البيت

في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا
الوجهين
بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار
الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المراة باول ولد تلده امته فالمراد
في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب
غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له
والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب
الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة
واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر
سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد
عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف
وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من
اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا يصح
حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى
من مال رجل لاخر بالف بعينها فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه
فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته فان اجاز يكون
تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث
واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع
لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم
الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر
يعطيه ثلث ما في يده وهو استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول
زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء
النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في
ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم

على الميراث فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث
فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر
الابن الاخر ايضاً فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث
قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان
من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالةً والولد تبعاً حين كان
متصلاً بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى
تقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب
بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة
وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل
ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية
تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج منها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية
فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع
لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الاصل
وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل
بل يبقى تاماً صحيحاً فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا
اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان
فاسداً هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه
نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل في اعتبار حالة الوصية**
قال واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها هبة ثم تزوجها
ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية
عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة

او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت
وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي
كالمضاف الى ما بعد الموت حكماً لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل
بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه
بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما
الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده و
الاقرار وان كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار
فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي
طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل
موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذلك لو كان الابن عبداً
او مكاتباً ثم اعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقرار
لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية
باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها
تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات وهي في مرض الموت بمنزلة الوصية
فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم
يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان
وهبه عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه
يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ۝

باب العتق في المرض

ومن اعتق عبداً في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز ويعتبر من الثلث
ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد
الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب

بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك
ما ابتدا المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم
فيه كما في الهبة فكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته
اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال
العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان
حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان
اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعا والاصل فيه
ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من اصحابها يضرب
بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض
والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت
في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى لانه لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا
يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ
والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا
بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف
واذا وجد العتق اولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى
هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين
نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق
متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول

والمحاباة

والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى
بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم
لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت الوصية بحج يحج عنه بما بقي من حيث
يبلغ في قولهم جميعا وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة عند
ابي حنيفة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
اعتبارا بالوصية بالحج وله ان الوصية بالعتق بعبد يشترى بمائة درهم وتنفيذها
فيمن يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها
قربة محضة هي حق الله والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك
بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر مختلف فيه وهو ان
العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل
المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه
قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه
فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم
الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع
لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات
فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي
الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته
الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا
باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم لانهم
هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم
يجن فنفذت الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان
الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في
المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له

البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة
بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحادث
يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون
القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا
مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
وهو خصم في اقامتها لاثبات حقها قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني
ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في
قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان العتق والدين في الصحة
ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة
لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر
من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى
فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من
حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين في المرض اسبق لانه لا مانع له من الاسناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق
في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف
درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال اخر كان لي عنده الف درهم
وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء **فصل** ومن اوصى
بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرايض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج و
الزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم
وان تساوت في القوة بدا بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي
بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدي بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن

ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا
في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال
والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات
لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات والكفارة
في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقران
دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها
وللاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض
قال وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بيناه وصار كما اذا صرح
بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد فما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل
الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة
في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين قال ومن اوصى بحجة
الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب عليه لله تعالى الحج
من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب
عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي
وجب عليه قال فان لم يبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس
لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناها لانا نعلم
ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو
اولى من ابطالها اصلا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال
ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند
ابي حنيفة وهو قول زفر رحمهم الله وقالا يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى
هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع
قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبدا من ذلك

المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولأن
الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هم
الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان
وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو
الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله
عليه السلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولأن المقصد
بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك
عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار إلى أربعين دارا بعيد
وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم
والذمي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه
ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن أوصى
لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي أنه عليه السلام لما تزوج
صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراما لها وكانوا يسمون أصهار
النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه
كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه
لأن الكل أصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو عدته من طلاق رجعي
فالصهر يستحق الوصية وإن كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن
بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن أوصى لأختانه
فالوصية لزوج كل ذي رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج لأن الكل يسمى
ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوي فيه

الحر والعبد والأقرب والأبعد لأن اللفظ يتناول الكل قال ومن أوصى لأقربائه
فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون
للاثنين فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينتسب إلى أقصى
أب له في الإسلام وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على
حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك
الإسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب
فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه
الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذي رحم محرم ولا
يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا
وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد
والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فإن
عنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الأب في الإسلام وعند الشافعي رحمه الله
بالأب الأدنى قال وإذا أوصى لأقربائه وله عمان وخالان فالوصية لعميه
عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا للأقرب كما في الإرث وعندهما بينهم أرباعا إذ
هما لا يعتبران الأقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين
لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف
ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحرز
الواحد كلها إذ هو الأقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو
ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء
قرابتهما وهي أقوى والعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان
القريب رقيقا أو كافرا وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه
في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة

بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهى على زوجته عند ابى حنيفة وقالا
يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال
الله تعالى واتونى باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة فى الزوجة يشهد
بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف
الى الحقيقة ومن اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التى ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى
لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة
الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته
حيث يكون من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بنى فلان ولعميانهم او لزمناهم
او لاراملهم ان كانوا يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم
واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون
فالوصية فى الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة
ورد الجوعة وهذه الاسامى يشعر بتحقيق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف
ما اذا اوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون او لايامى بنى فلان وهم لا يحصون
حيث تبطل الوصية لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء
ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة الفاحشة فتعذر الصرف اليهم
وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع
واقله اثنان فى الوصايا على ما مر ولو اوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث فى قول
ابى حنيفة رحمه الله اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم
رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث
تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول
الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم
ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد

فلان فالوصية بينهم للذكور والاناث فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل
انتظاما واحدا قال ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما فى الميراث
قال ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة
وقال الشافعى فى بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر فى موضع آخر انه
توقف حتى يصطلحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة
ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا
فلا ينتظمها لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان
حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه ولو اوصى لمواليه
فهى جائزة ويدخل فى هذه الوصية من اعتقه فى الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه
وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية يضاف الى حالة الموت
فلا بد من تحقيق الاسم قبله وعن ابى يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق
لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل
الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالى وموالى الموالاة يدخل
فيها معتقوه واولادهم دون موالى الموالاة وعن ابى يوسف انهم يدخلون
ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة
مختلفة فى المعتق الانعام وفى الموالى عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم
له احق ولا يدخل فيه موالى الموالى لانهم موالى غيره حقيقة بخلاف مواليه و
اولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال
ولا اولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة
ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى لورثته لتعذر الجمع
بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالى موالى اعتقهم لانهم ليسوا بمواليه
لا حقيقة ولا مجازا وانما يحوز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك
ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات
لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها
الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز عليه م
موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة
فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة
العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت
رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه
الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى
فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من
الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار
مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل
وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك
لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر
للميت مال اخر ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب
ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى
الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى
وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو
مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز

ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة
دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران
ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد
منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له
بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه
بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده
بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل
مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل
في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانه تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه
ان التمليك ببدل لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه
الرجوع ولهذا انقطع اما هو في وضع غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على
اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد
المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة
حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها
بعوض كان مملكا اكثر مما تملكها معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد
من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك
اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا
كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا
كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او
بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به
كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال
غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد
الموصى له قسمة الدار بعينها بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك

ولا يملك الاقوى بالاضعف وبغير بدل غير لازم والوصية بالاكثر بالاقل نوع غير لازم صح

الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك
فكذا الموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة ينبني على ثبوت الحق للموصى له فيما
يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك
المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى لرجل بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة
لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا
منه لاحدهما على الاخر فيعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب
الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له
فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت
فيهما بعد الموت وله نظاير وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر وهو
يخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما
فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف من المظروف في هذه المسائل كلها
اما اذا فصل احد الايجابين عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد
الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رحمه الله ان
بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون
الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا يلزم شيئا في حال
حيوة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة
لمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما
في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي يوجب ثبوت الحكم على
سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية
بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني
رجوعا عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم
الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على
ملكه فاذا اوجب الاصل لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام

موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم
الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة
فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما
يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل
والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل
التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن
شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال
فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما غير موقوف
على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يقتصر عليه الا
بدليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها
ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف
يوم يموت الموصى سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام
هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم
لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان
بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا
يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها
بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث
لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا
واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح عندهما قال وان اوصى بذلك لقوم
مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من

الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك المن
تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين
جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة
وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية
وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على
اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة ومعصية في معتقدهم لا تجوز
الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة
والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول
ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله
حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر
لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد لعدم تحرره بخلاف الوصية
لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم
فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي
على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما
ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذا على الخلاف
اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون
قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجدا
للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهي باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لهم لانهم معلومون والجهة مشورة
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في
بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم
او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى
بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان

هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم
فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الاهواء اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية
بمنزلة المسلمين لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد
فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة
الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان
امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته
حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار
الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وان كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية
ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامنين ايضا ولو اعتق عبده عند الموت
او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك
لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يجوز عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه
في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز
لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على
السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز
اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو
اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي
في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس
بشيء لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته
او بعد مماته صار مغرورا من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه

او بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لان ... لا الزام ... ويحل
التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزام
التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي
فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو
ولو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام وهو القبول وهو
معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي ويستوي ان علم بالوصاية او لم
يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه
يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة فلا
يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح
من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرا وقد يناط بالعلم وشرط الاخبار فيما تقدم
من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم
يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل
الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب
ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح
ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر
ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت ... فيما
ثم فيدفع الضرر من الجانبين ... ثم ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي
انا اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال
ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم
وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد
في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ... باطل
وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه
سيبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج

ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية
الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه
من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم
واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما
للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا
في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح
الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق
الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة
ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب فيروى مرة مع ابي حنيفة
ومرة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان
فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة
من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع
وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان
الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن
بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة
او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل
اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية
لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته
ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره فلو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف
ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي
عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا
فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه
فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا

اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى تبدو
منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت
انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحيا لاخرجه منها فعند عجزه ينوب
القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله
وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها
الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين
وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي
كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد منهما بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت
بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما
رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب
هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على
الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهاهنا حق التصرف للوصي
ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني
استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء
المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا
وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير
فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف
موتهم جوعا وعريا ورد وديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شرا فاسدا
وحفظ الاموال وقضا الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك
وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من
باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه

لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا
ينفرد به احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه
الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف
لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية الفوات
ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير
وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان
المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى
المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى
كل واحد منهما على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين
اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد
وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين
لان الوكالة يتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما
فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا اخر نظرا للميت
عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان
يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الميت
ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة
ما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت
باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي
بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما
رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت
الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا
بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي
يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي

كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب
فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند
الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به
في ذلك مع علمه انه تعترضه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه
صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده
بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن
الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى
يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشرى المورث والوصي خليفة الميت ايضا
فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك
ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من
كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا
بشرى الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند
الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله
ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث
الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى
ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له
بثلث ما بقي وكذلك ان دفع الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف
ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا رجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع
بشيء لان القسمة حق للموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه
شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف
ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات
محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تاديه الحج فلم تعتبر
دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة

المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال
ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب
فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول
تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب
ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد
هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة
بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه
يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها
الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما هنا
بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه
الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد
فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم
له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده
ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول لا
يرجع لانه ضمنه بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من
جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان
في الزامها القاضي تتعطل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن
لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك
الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت
او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين اخر قال
واذا قسم

الوصي الميراث فاصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق
العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له فيرجع الصغير على الورثة بحصته
لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان
كان خيراً لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا
يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا
شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير
لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد
المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم
يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة
الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش
منه تبرع ولا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشرا على وصي
كتب كتاب الشرا على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة
عسى يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملاً له على الكذب
ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل
لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهراً قال وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز
في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس
ان لا يملك الوصي غير العقار ايضاً لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه
لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما
العقار محصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة
وقال ابو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب بمنزلة وصي الاب
في الكبير الغايب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هولاء لان
وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال
والوصي احق بمال اليتيم الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع

الغايب صح

اقامة

اقامة مقام الاب فحال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء
تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا
لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه
فان لم يوص الاب الى احد فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه
حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بينا فصل
في الشهادة واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة
لانهما متهمان فيها لاثباتهما معيناً لانفسهما الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان
وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية
نصب الوصي ابتدا او ضم آخر اليهما برضاه دون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مونة
التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان
الميت اوصى الى فلان وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة
ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة
لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال فان شهدا لوارث كبير في مال
الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث
كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كباراً فعريت
عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت
التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه
مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين
الف وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق
منهم للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا تقبل في الدين ايضاً وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن
ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة للحقوق شتى
فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة

وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فيه فكانت شهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال ولا تتحقق الشركة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة فلو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة ○

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي فان كانا في السبق سواء فلا عبرة بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكور ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء

وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه العلامات

فصل في احكامه

قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته فاذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلاته وان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد جاز قال ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام له جارية من بيت المال تختنه لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة اخش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال

القولين جميعًا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل
او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلًا لانه دعوى يخالف قضية الدليل
فان لم يكن مشكلًا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال ولو مات قبل ان
يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنسا
فتتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل
رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان يسجى قبره فهو احب الي لانه ان كان انثى
تقع واجبًا وان كان ذكرًا فالتسجية لا تضره واذا مات صلي عليه وعلى رجل وامراة
وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل
لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد
من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان
كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب
الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب
لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرًا فقد زاد على الثلث ولا باس بذلك
قال ولو مات ابوه وخلف ابنًا فالمال بينهما اثلاثًا عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى
سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يثبت غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث
ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد رحمه الله
المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رحمه الله
المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند
الانفراد والخنثى تستحق ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما
هذا يضرب بثلثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرًا
يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثًا فاحتجنا الحساب له
نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان وفي حال اثلاثًا للخنثى
سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزايد فيتنصف

ولابن حسنة ان الفاحة ... معو ... ربعه او الزوار ... مستعين ... [marginal note, partly illegible]

فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعفناه لزوال الكسر فصار الحساب من اثني عشر
للخنثى خمسة وللابن سبعة فاوجبنا المتيقن فقصرنا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار
كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان
نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا فحينئذ يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه
متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجًا واما واختا لاب وام خنثى او امراة واخوين لام
واختا لاب وام خنثى فعند نا في الزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية
للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسايل شتى

قال رحمه الله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك
بما في الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار
فهو جايز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارض كالوحشي
والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر
اذا صارت معلومة معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد
ذلك وصارت له اشارة معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس لان التفريط جاء من قبله
حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض
على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الابد عرفناه بالنص قال
واذا كان الاخرس يكتب كتابًا او يومي ايماء يعرف فانه يجوز نكاحه وطلاقه
وبيعه وشراوه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى
بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة
وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو في حق الاخرس اظهر
والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغايب
والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق
الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين

كالكتابة على الهوا والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق
العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص
حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات
ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف
لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت
ببيان فيه شبهة الا ترى انه لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب
الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد
التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت
مع الشبهة كساير المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله
تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة
وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل
ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك
لانه يمكن الوصول الى نطق الغايب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس
لتعذر الوصول الى النطق للافة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة
وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة
مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما
فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة
زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة
لانه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا وكذا الذي صمت يوما او يومين
بعارض لما بينا وفي المعتقل لسانه لان الة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل
اللسان واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر
تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت

الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك
لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكيا اولى
غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة
وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر
لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة
حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى
ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المسروق والمحرم والمغصوب ومع ذلك
يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل كقليل النجاسة وقليل
لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فيسقط اعتباره دفعا
للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا ضرورة   والله الموفق للصواب

تم الجزو الثاني من الهداية في شرح البداية بحمد الله وعونه وحسن توفيقه
وصلواته على خير خلقه محمد واله الطاهرين وذلك في عاشر ربيع
الاول سنة خمس واربعين وسبعماية بمدينة حلب المحروسة بمدرسة
الشاذبختية على يد العبد الضعيف الراجي رحمة
ربه اللطيف ابراهيم بن محمد الحنفي عامله
الله بلطفه الخفي وهو يسال من
نظر في هذه النسخة ان يدعو له
بالتوبة والجمع للعلم
والحمد لله رب العالمين
سم

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلوة على رسوله محمد واله اجمعين اعلم
بان العبد مبتلى بين ان يطيع الله تعالى فيثاب وبين ان يعصيه فيعاقب والابتلا يتعلق بالمشروع
وغير المشروع فعلا وتركا فلا بد من بيان انواع المشروعات وغير المشروعات وبيان
معانيها واحكامها ليسهل على الطالب دركها وضبط المنقول وبالله التوفيق المشروع
انواع اربعة فرض وواجب وسنة ومستحب ويليها المباح وغير المشروع نوعان
محرم ومكروه ويتلوهما المفسد للعمل المشروع فيه فالكل ثمانية انواع اما الفرض
فما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه وحكمه الثواب بالفعل والعقاب بالترك بلا
عذر والكفر بالانكار في المتفق والواجب ما ثبت بدليل فيه شبهة وحكمه حكم الفرض
عملا لا اعتقادا حتى لا يكفر جاحده والسنة ما واظب النبي صلى الله عليه وسلم مع تركه مرة
او مرتين وحكمها الثواب بالفعل والعتاب بالترك في الحضري والمستحب ما فعله النبي
صلى الله عليه وسلم مرة وتركه اخرى وما احبه السلف وحكمه الثواب بالفعل وعدم العقاب
بالترك والمباح ما يخير العبد فيه بين الاتيان والترك وحكمه عدم الثواب والعقاب
فعلا وتركا والمحرم ما ثبت فيه النهي بلا معارض وحكمه الثواب بالترك لله عز
وجل والعقاب بالفعل والكفر بالاستحلال في المتفق والمكروه ما ثبت النهي فيه مع المعارض وحكمه
الثواب بالترك الموصوف وخوف العقاب بالفعل وعدم الكفر بالاستحلال والمفسد هو
الناقض للعمل المشروع فيه وحكمه العقاب بالفعل عمدا وعدمه سهوا ثم اعلم بان الصلوة جامعة للاربعة
الاول شرعا وقد يوجد الاربعة الاخر فيها فلا بد من تفصيل كل نوع وتعداده بطريق الاختصار
والاحضار مرتبا على ثمانية ابواب تيسيرا للمؤمنين الباب الاول في بيان الفرائض وهي
خمسة عشر بعضها خارجية وبعضها داخلية اما الخارجية فثمانية الوقت وطهارة البدن والثوب
والمكان وستر العورة واستقبال القبلة والنية والتكبيرة الاولى والداخلية هي سبعة القيام والقراءة
والركوع والسجود والقعدة الاخيرة والترتيب فيما اتحدت شرعيته في كل ركعة او في جميع الصلوة
والخروج بفعل المصلي الباب الثاني في الواجبات وهي احد وعشرون منها ما يعم جميع المصلين
في الصلوة وهي سبعة ومنها ما يختص ببعض المصلين ولبعض الصلوة وهي اربعة عشر اما العام فلفظ
التكبير

التكبير بالتحريمة والقعدة الاولى والتشهد في القعدتين والطمانينة في الركوع والسجود واتيان كل فرض
في موضعه وكل واجب كذلك والخروج بلفظ السلام اما الخاص فتعيين الاوليين للقراءة وتعيين الفاتحة
فيهما واقتصارها على مرة وضم سورة او ثلاث ايات قصار او اية طويلة معها وتقديم الفاتحة عليها وهذه
على غير المقتدي وعليه القراءة والقنوت في الوتر والجهر في موضعه جماعة والمخافتة كذلك وانصات
المقتدي وقت قراءة الامام ومتابعة الامام على اي حال وجده وان لم يكن محسوبا من صلاته وسجدة
التلاوة على الامام والمنفرد وتكبيرات العيدين وتكبير ركوعهما وسجدة السهو على الامام والمنفرد بترك
واجب في الثمانية الاول من القسم الاخير وفي جميع الصور من القسم الاول الا الطمانينة فانها اي واجبة
للتدبر الباب الثالث في السنن وهي سبعة وعشرون العام سبعة عشر وهي رفع
اليدين في التحريمة وفي القنوت وفي تكبيرات العيدين ونشر الاصابع ثمة والثناء ووضع
اليمين على الشمال وتكبيرة الانتقالات حتى القنوت وتسبيح الركوع ثلاثا واخذ ركبتيه
في الركوع وتفريج الاصابع فيه والقومة والجلسة والسجدة على سبعة اعضاء وتسبيح
السجود ثلاثا والصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم بعد التشهد قبل السلام والدعاء بعده لنفسه ولجميع المصلين
والسلام يمينه ويساره والخاص عشرة جهر الامام بالتكبيرات ومقارنة المقتدي تكبيرة الامام ومتابعته
له في سائر افعاله والتعوذ واخفاؤه والتسمية بعده واخفاؤها وهذه الاربعة للامام والمنفرد
والتامين سرا لهما وللمقتدي في الجهرية وللامام التسميع وللمقتدي والمنفرد التحميد في اي صلوة
وافتراش رجله اليسرى للجلوس عليها مع نصب اليمنى في القعدة للرجال وللنساء التورك الباب
الرابع في المستحبات وهي ثلاثة وعشرون العام اربعة عشر ترك الالتفات يمينا وشمالا لا كما قال ونظره
الى موضع سجوده وكظم فمه عند التثاؤب ودفع السعال ما استطاع وزيادة القراءة على ثلاث ايات والترتيل في
القراءة وتسوية الراس مع الظهر في الركوع ووضع ركبتيه قبل يديه ويديه قبل الانف والانف
قبل الجبهة للسجود وعلى عكس ذلك الرفع للقيام والسجود بين اليدين وتوجيه اصابع يديه ورجليه
نحو القبلة وترك مسح التراب والعرق قبل السلام والفصل بين القدمين قدر اربعة اصابع في
القيام ووضع يديه على فخذيه في القعود وتحويل الوجه يمينه ويسرة عند السلام والخاص تسعة رفع
يديه فيماس حذاء شحمتيه للرجال وحذاء المنكبين للنساء ووضع اليدين تحت السرة للرجال وعلى

الصدر للنسا واخراج الكفين من الكمين عند التحريمة للرجال والقعود على قدر المروي للامام
وزيادة التسبيحات على الثلاث وترك للمنفرد وابعاد الضبعين من الجنبين والبطن من الفخذين
والفخذين من الساق والساق من الارض في الركوع والسجود للرجال وبالعكس للنسا وقراءة الفاتحة
بعد الاوليين للمفترض في المشهور والتسمية قبل الفاتحة في كل ركعة لمن سن وانتظار المسبوق
فراغ الامام الباب الخامس في المباحات وهي احد عشر العام ثمانية نظره بموق عينيه بلا تحويل
وجهه وتسويته موضع سجوده مرة او مرتين للعذر وقتل الحية المطلقة مطلقا وان احتاج
الى المعالجة وفي فيه دراهم او دنانير لا تمنعه عن سنة القراءة وفي يده ما لا يمنع عن سنة الاعتماد
وقراءة القران على التاليف ونفض الثوب كيلا يلتصق بجسده في الركوع وقراءة اخر سورة في
ركعة واخرى في اخرى على الصحيح والخاص ثلثة تكرار السورة في ركعة في التطوع وسعيه
حائطا او اسطوانة في التطوع ولو بلا عذر ولحظ الامام الى من خلفه شاكا ليقوم ان قام فهو
او نحوه الباب السادس في المحرمات وهي اربعة عشر على العموم الجهر بالتسمية والجهر بالتامين
والالتفات يمينا وشمالا بتحويل بعض الوجه والنظر الى السما والاتكا على الاسطوانة او اليد ونحوه
بلا عذر ورفع اليدين في غير ما شرع ورفع الاصابع عن الارض في الركوع والسجود والجلوس على
عقبيه في التشهد والعبث بثوبه او بدنه دون الثلث والاشارة بالسبابة كاهل الحديث
وقصر السلام على جانب واحد والقنوت في غير الوتر والزيادة في التكبير والثنا او التسبيحات او التشهد
على السنة وترك واجب مما سبق عمدا وفي المحيط ذكرت المحرمات في المكروهات الباب السابع
في المكروهات التي تكره في الصلوة وهي قسمة وخمسون العام اثنان واربعون تكرار التكبيرة
والعد باليد للاي ونحوها والتخصر وما هو من اخلاق الجبابرة والتنحنح بلا عذر ولو بحا
حروف والتنخم والنفخ غير المسموع وامساك الدراهم ونحوها بحيث لا تمنع القراءة واعلا
الراس والابلاع ما بين الاسنان لو قليلا وترك سنة من السنن واتمام القراءة في الركوع
وتحصيل الاذكار في الانتقالات ووضع يديه قبل ركبتيه على الارض للسجود بلا عذر ورفعهما
بعد ركبتيه للقيام كذلك والاقعاء وتغطية الفم بلا غلبة الثنا وبغمض العينين وقلب
الا ان لا يمكنه السجود فاني مرتين ومسح الجبهة من التراب او العرق قبل الفراغ وكف الثياب
والتثاوب

جامعة الملك سعود
قسم المخطوطات
عمادة شؤون المكتبات

والتثاوب والتمطي وفرقعة الاصابع والاسنان ... تفريج الاصابع في
غير الركوع والتعجيل في القراءة وترك تسوية الراس مع الظهر راكعا والتخطي بلا فصا
بلا عذر لو وقف بعد كل خطوة والتمايل يمينا وشمالا وقتل القملة دون الثلاث ووقتها كله لله
والقاء البزاق ونزع الخف بعمل قليل وشم الطيب والترويح بالثوب او المروحة دون الثلاث
ولبس ... للصلوة بعينه بحيث لا يقرا غيرها والجمع بين السورتين بترك واحدة بينهما
في ركعة والانتقال من اية الى اية لو بينهما سورة وتقديم السورة المتاخرة على المتقدمة
... في ركعتين والتسمية في كل سورة في كل ركعة وحمل صبي بلا عذر ... الخاص
سبعة عشر موضعا انتظار الامام لمن سمع خفق نعليه للصلوة وتطويل الثانية على الاولى
في الفرض والتوقف في اية الرحمة او العذاب للامام والمقتدي مطلقا وللمنفرد
في ...يض والسجدة في كور العمامة والصاق البطن بالفخذ للرجال وكذلك

عدا

تمت بعون الله
توفيقه وصل الله علي سيدنا
محمد واله اجمعين

٢٤٦

بيان ما في هذا الكتاب من الورق ممسوخ بالرقم والكتابة بعد الله على فوائد
هذا الكتاب خلاف الابيض الذي من غير نسخ فهو ٢٤٦ ورقم من
غير نقص ولا زيادة
عدد ١٤٠